Der selektive Vertrieb im EWG-Kartellrecht

Erster Band

— Absatzpolitik
— Vertragsgestaltung
— Wettbewerbspolitische Grundlagen

INAUGURALDISSERTATION
zur Erlangung der Würde eines
Doctor iuris der Rechts- und
wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von
CHRISTIAN J. MEIER
von Lommiswil und Bellach

Verlag Rüegger Diessenhofen 1979

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548904_0001

Christian J. Meier

Der selektive Vertrieb im EWG-Kartellrecht

Erster Band

Der selektive Vertrieb im EWG-Kartellrecht

Erster Band

— Absatzpolitik
— Vertragsgestaltung
— Wettbewerbspolitische Grundlagen

INAUGURALDISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines
Doctor iuris der Rechts- und
wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

CHRISTIAN J. MEIER

von Lommiswil und Bellach

Verlag Rüegger Diessenhofen 1979

Die Fakultät hat diese Arbeit am 5. Juli 1979 auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Walter R. Schluep als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung zu beziehen.

UNIV. LEIDEN BIBL.

Tief dankbar
Und
Aufrichtig verbunden

Meinen lieben Eltern

"Willst du das Leben leicht haben,
so bleibe immer bei der Horde."
(F. Nietzsche)

Aber:

"Wer hinter anderen herläuft,
wird sie niemals überholen."
(Michelangelo)

Daher:

"Eine Gesellschaft, die keine Aussenseiter duldet, hat eine schlechte Innenseite."
(Th. Wilder)

Sich selber überrundende Technologien in einer stetig sich wandelnden Konsumwelt prägen modernes Wirtschaften. Der Berg der erzeugten Massengüter hat den Herstellern längst klargemacht, dass hier und heute die Kunst des Absetzens über unternehmerisches "Sein oder Nichtsein" entscheidet. Mannigfaltig sind denn auch die Spielformen, in denen Produzenten um die Gunst des Verbrauchers ringen. So erhoffen sich neuerdings viele Vieles vom selektiven Vertrieb, will heissen von einem Verkauf über auserlesene Händler in streng nach Herstellerorder aufgebauten Distributionskanälen.

Indes: Wer zielstrebig Absatzmittler meidet (oder zu meiden gebietet), schaltet im gleichen Zuge auch Wettbewerber aus. Wer die Händlerschaft dem eigenen Marketingregime unterwirft, greift massgeblich in ihr betriebliches Eigenleben ein. Damit aber sind alsgleich die obrigkeitlichen Wettbewerbshüter auf den Plan gerufen. Diesem Spannungsverhältnis zwischen der freien herstellerischen Vertriebswegegestaltung und dem systemnotwendigen Wettbewerbsschutz im Bereiche der vertikalen Intervention nimmt sich die vorliegende Studie an. Wieweit Erzeuger Kunden ihre Ware vorenthalten dürfen; welche Anleitungen, an wen und wohin zu liefern, Bestand haben können; welche Fesseln in ihrer Verkaufstätigkeit Händler schlechthin hinnehmen müssen: All das ist ihr zu klären aufgegeben; im grundsätzlichen einmal, dann aber ganz besonders im Blick auf die kartellrechtlichen Regeln des EWG-Vertrages.

Zum Gelingen der Arbeit haben verschiedene Personen Wichtiges beigesteuert. Dies zu verdanken besteht aller Anlass. Niedergeschrieben worden ist sie während meiner mehrjährigen Assistenzzeit bei Prof. Dr. Walter R. Schluep (Universität Zürich). Als Doktorvater hat er einmal die Bearbeitung des Themas selber angeregt. Dazu (und vor allem) ist er mit der ihm eigenen unerschöpflichen Schaffenskraft und der zwischenmenschlichen wie auch wissenschaftlichen Unvoreingenommenheit der Arbeit geistig Pate gestanden. Ohne sein Werk und ohne seine Person ist ihr Heranwachsen in die heutige Form undenkbar. Dafür möge er meinen aufrichtigsten Dank nehmen.

Im weiteren bin ich zwei ehemaligen Assistentenkollegen dankbar verbunden. Von Dr.iur. Carl Baudenbacher habe ich während unserer (fachlich wie ausserfachlich) wertvollen Zusammenarbeit am nämlichen Lehrstuhl zahlreiche Hinweise empfangen dürfen. Überdies geht eine entscheidende Nahtstelle der Studie auf seine Anregungen und Erkenntnisse zurück. Dr.rer.pol. Kurt Aeberhard hat mir sein breites ökonomisches Wissen zur Verfügung gestellt, wann immer der der Natur der Sache nach begrenzte Horizont des Juristen zur Auslotung der wettbewerbstheoretischen Gründe nicht hinreichte. Dank abstatten möchte ich ferner den zahlreichen Absatzpraktikern, die mit Fingerzeigen von der "Front" die Marketinguntersuchungen belebten und bereicherten.

Schliesslich bin ich jenen verpflichtet, die sich verdienstvoll der administrativen Bewältigung der Arbeit annahmen. Dies betrifft meine beiden Sekretärinnen, Frau Ariane Küng und Fräulein Annemarie Greub. Besonderer Dank gebührt gleichfalls meinem Jugendfreund Hansueli Wirth, der in selbstlosem Einsatz für die Organisation und Ausführung der Drucklegung besorgt war.

Grenchen/Seewil, im Weinmonat 1979

Christian J. Meier

INHALTSÜBERSICHT

Erster Band

1. Teil: Absatzwirtschaftliche Betrachtung des selektiven Vertriebs 25

1. Abschnitt: Grundlagen der selektiven Absatzpolitik und der Abnehmerselektion 27

§ 1 Marketing-Konzept und Vertrieb 29
I. Die Marketing-Konzeption 29
II. Vertrieb, Vertriebsweg, Vertriebswegeentscheidung 32
III. Wandel in den Vertriebswegen als wirtschaftlicher Hintergrund des selektiven Vertriebs 35

§ 2 Grundzüge selektiver Absatzpolitik 39
I. Marktpolitik und Selektion 39
II. Selektive Absatzpolitik 41

§ 3 Die Abnehmerselektion 47
I. Selektionskriterien und Selektionsprozesse 47
II. Selektionsformen 60

§ 4 Begriff des selektiven Vertriebs 65
I. Ausgangslage 65
II. Begriff des selektiven Vertriebs in der Literatur 66
III. Stellungnahme, Verdeutlichung und Definition 67

2. Abschnitt: Selektiver Vertrieb und Marketing-Politik 71

§ 5 Determinanten selektiver Vertriebssysteme 75
I. Produktspezifische Determinanten 75
II. Unternehmensspezifische Determinanten 81
III. Marktspezifische Determinanten 85

§ 6 Absatzwirtschaftliche Bedeutung der einzelnen Selektionskriterien 93
I. Qualitative Selektion 93
II. Quantitative Selektion 108

§ 7 Die Stellung von Produzent und Händler im selektiven Vertrieb 111
I. Zur Frage der "Marketingführerschaft" in selektiven Vertriebssystemen 111
II. Die Stellung des Produzenten 113
III. Die Stellung des Händlers 137

2. Teil: Die Ausgestaltung des selektiven Vertriebs 149

§ 1 Das Vertragswerk 150
I. Selektion und Vertragswerk: Die zwei konstituierenden Bestandteile selektiver Vertriebssysteme 150
II. Selektiver Vertrieb ohne vertragliche Unterlage 152
III. Die einzelnen Vertragsklauseln 162

§ 2 Seinstypen des selektiven Vertriebs 229
I. Modelle selektiver Vertriebssysteme 229
II. Seinstypische Vertragsklauseln 231

§ 3 Zivilrechtliche Probleme 235
I. Die Rechtsnatur der Vertragshandelsverträge 235
II. Übersicht über zivilrechtliche Probleme 240

3. Teil: Selektiver Vertrieb, Wettbewerb und Recht der Wettbewerbsbeschränkungen 245

1. Abschnitt: Die Auswirkungen des selektiven Vertriebs auf den Wettbewerb 247

§ 1 Wettbewerbstheoretische Grundlagen 249

I. Der selektive Vertrieb als vertikale Wettbewerbsbeschränkung 249
II. Erscheinungsformen des vom selektiven Vertrieb berührten Wettbewerbs 257

§ 2 Wettbewerbswirkungen des selektiven Vertriebs 262
I. Die massgeblichen Ansatzpunkte 263
II. Typologie der Vertikalbeschränkungen 265
III. Wettbewerbswirkungen der einzelnen Beschränkungstypen 269

2. Abschnitt: Selektion und selektiver Vertrieb im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen 295

§ 3 Selektion, Marktwirtschaft und Kartellrecht 297

§ 4 Vertriebsgestaltungsfreiheit und Wettbewerbsverfassung 301

§ 5 Aspekte der wettbewerbspolitischen Diskussion um den Zugriff auf vertikale Vertriebssysteme 307
I. Vertikale Intervention versus Konzentration 307
II. Vertikale Intervention versus Uniformierung im Absatz 310
III. Normtechnische Anknüpfungspunkte im vertikalen Wettbewerbsbeschränkungsrecht 311

Zweiter Band

4. Teil: Der selektive Vertrieb im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaften 15

1. Abschnitt: Europäisches Kartellrecht und vertikale Intervention 17

§ 1 Wettbewerb und Wettbewerbspolitik in der EWG 19

§ 2 Grundsatzfragen für die Normierung vertikaler Intervention durch das EWG-Kartellrecht 25
I. Wettbewerbspolitische Zielformeln 25
II. Die geschützten Wettbewerbsformen 34
III. Art. 85 und vertikale Sachverhalte 40
IV. Art. 85 und Systeme von Parallelverträgen 42

§ 3 Die Rechtsanwendung über vertikale Intervention 47
I. Kommission 48
II. Gerichtshof 86

2. Abschnitt: Der selektive Vertrieb und die einzelnen Tatbestandselemente von Art. 85 95

§ 4 Vereinbarungen zwischen Unternehmen 99
I. Unternehmen 99
II. Vereinbarungen 110

§ 5 Wettbewerbsbeschränkung 123
I. Die "Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs" im allgemeinen 123
II. "Wettbewerbsbeschränkung" und die einzelnen Klauseln des selektiven Vertriebs 136

§ 6 Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels 177
I. Die "Handelsbeeinträchtigung" im allgemeinen 177
II. "Handelsbeeinträchtigung" und die einzelnen Klauseln des selektiven Vertriebs 187

§ 7 Freistellungsvoraussetzungen 215
I. Die Freistellungsvoraussetzungen im allgemeinen 215
II. Die Freistellungsvoraussetzungen und die einzelnen Klauseln des selektiven Vertriebs 243

§ 8 Ergebnisse und Ausblick 319

INHALTSVERZEICHNIS ERSTER BAND

1. Teil: Absatzwirtschaftliche Betrachtung des selektiven Vertriebs 25

1. Abschnitt: Grundlagen der selektiven Absatzpolitik und der Abnehmerselektion 27

§ 1 Marketing-Konzept und Vertrieb 29
I. Die Marketing-Konzeption 29
II. Vertrieb, Vertriebsweg, Vertriebswegeentscheidung 32
III. Wandel in den Vertriebswegen als wirtschaftlicher Hintergrund des selektiven Vertriebs 35

§ 2 Grundzüge selektiver Absatzpolitik 39
I. Marktpolitik und Selektion 39
1. Das Prinzip der vollständigen Markterfassung 39
2. Das Prinzip der selektiven Markterfassung 40
II. Selektive Absatzpolitik 41
1. Begriff 41
2. Durchführung 42
3. Unternehmenspolitische Motive 45

§ 3 Die Abnehmerselektion 47
I. Selektionskriterien und Selektionsprozesse 47
1. Die Abnehmerselektion in der Literatur 47
2. Stellungnahme 50
a) Die aufgeführten Selektionskriterien 50
b) Systemgehalt und Problemsichtung 51
3. Erscheinungsformen der Abnehmerselektion 52
a) Marktstufenspezifische Selektion 52
b) Selektion auf Gross-/Einzelhandelsstufe 53
c) Selektion unter Endverbrauchern 53
d) Qualitative/quantitative Selektion 54
e) Selektion nach Betriebsform/mit individuellem Eignungstest 56

4. Zusammenfassung und Systematik 58
II. Selektionsformen 60
1. Übersicht über die 3 Selektionsformen 60
a) Selektion durch Elimination 60
b) Selektion durch Variation des Leistungsaustausches 61
c) Selektion durch Verlagerung von Absatzbemühungen 62
2. Unternehmenspolitische Betrachtung der einzelnen Selektionsformen 62

§ 4 Begriff des selektiven Vertriebs 65
I. Ausgangslage 65
II. Begriff des selektiven Vertriebs in der Literatur 66
III. Stellungnahme, Verdeutlichung und Definition 67

2. Abschnitt: Selektiver Vertrieb und Marketing-Politik 71

§ 5 Determinanten selektiver Vertriebssysteme 75
I. Produktspezifische Determinanten 75
1. Die selektiv vertriebenen Produkte im Überblick 75
2. Die Produktegruppen im einzelnen 77
a) Problemgüter bezüglich der physikalisch-chemischen Eigenschaften 78
b) Problemgüter bezüglich der technischen Komplexität 78
c) Güter mit Exklusiv- oder Prestigewirkung 80
II. Unternehmensspezifische Determinanten 81
1. Finanzkraft 81
2. Leistungsprogramm 82
3. Marketing-Konzeption 83
4. Marktgeltung 84
III. Marktspezifische Determinanten 85
1. Die Verhältnisse auf den einzelnen Wirtschaftsstufen 85
a) Herstellerstufe 85
b) Zwischenhandelsstufen 86
c) Endverbraucherstufe 87

2. Die staatliche Gesetzgebung 88
3. Insb.: Der selektive Vertrieb im Export 90

§ 6 Absatzwirtschaftliche Bedeutung der einzelnen Selektionskriterien 93
I. Qualitative Selektion 93
1. Finanzielle Leistungskraft 93
2. Abnahmemengen 94
a) Mindestbezugsquoten 94
b) Auftragsgrössen 95
3. Marketing-politische Kriterien 95
a) Betriebsgrösse 95
b) Ruf (Goodwill) 96
c) Standort 97
d) Raum und Ausstattung 98
e) Sortiment 100
f) Kundendienstleistungen 101
g) Lagerhaltung 104
h) Preispolitisches Verhalten 105
i) Betriebsform 106
II. Quantitative Selektion 108

§ 7 Die Stellung von Produzent und Händler im selektiven Vertrieb 111
I. Zur Frage der "Marketingführerschaft" in selektiven Vertriebssystemen 111
II. Die Stellung des Produzenten 113
1. Vorzüge selektiver Vertriebssysteme 113
a) Im absatzwirtschaftlichen Bereich 113
aa) Marketing-politische Steuerung des Zwischenhandels 113
bb) Homogenität und Kontrollerleichterung im Vertriebsnetz 117
cc) Verbesserung der vertikalen Kooperation 119
dd) Gesteigerte Verkaufsanstrengungen der Händler 120
ee) Verbesserte Vorausdisposition und Absatzplanung 122

ff) Förderung der Prestige- und Exklusivwirkung 123
gg) Erhöhte Qualitätsgarantie und verbesserte Kundendienstleistungen 125
hh) Stabileres Preisgefüge auf den Handelsstufen 128
ii) Herabsetzung der Vertriebskosten 130
b) In anderen unternehmerischen Bereichen 131
aa) Ausgeglichenere Produktionsquoten und verbesserte Produktionsplanung 131
bb) Verringerung des finanziellen Risikos 132
2. Gefahren selektiver Vertriebssysteme 133
a) Umsatzeinbussen 133
b) Abhängigkeit vom Händler 135
III. Die Stellung des Händlers 137
1. Vorzüge selektiver Vertriebssysteme 137
a) Gedrosselter Intra-brand-Wettbewerb 137
b) Sicherstellung von Mindestumsätzen mit den Vertragswaren 139
c) Intensivere Betreuung durch den Hersteller 139
d) Verminderung von Streuverlusten bei akquisitorischen Bemühungen 141
e) Erhöhter Schutz vor systemwidrigen Direktverkäufen 142
f) Stabiles Preisgefüge 143
2. Gefahren selektiver Vertriebssysteme 143
a) Einengung der unternehmerischen Handlungsfreiheit 143
b) Abhängigkeit vom Hersteller 145
c) Existenzgefährdung durch Geschäftsabbruch 147
d) Übermässige Kapitalbindung 148

2. Teil: Die Ausgestaltung des selektiven Vertriebs 149

§ 1 Das Vertragswerk 150
I. Selektion und Vertragswerk: Die zwei konstituierenden Bestandteile selektiver Vertriebssysteme 150

II. Selektiver Vertrieb ohne vertragliche Unterlage 152
III. Die einzelnen Vertragsklauseln 162
1. Vorbemerkung 162
2. Selektion 163
3. Absatzförderungs- und Interessenwahrnehmungspflichten 164
4. Kaufvertragliche Pflichten, Mindestabnahmen 166
5. Absatzbindungen 169
a) Begriff 169
b) Arten 170
aa) Persönliche und räumliche Absatzbindungen 170
α) Persönliche Absatzbindungen 171
αα) Marktstufenspezifische Absatzbindungen 171
ββ) Marktstufenindifferente Absatzbindungen 172
β) Räumliche Absatzbindungen (insbesondere Alleinvertrieb) 173
αα) Begriff und Umfang des Alleinvertriebsrechts 174
ββ) Arten des Alleinvertriebs 177
ααα) Unterscheidung nach dem Vertragsgebiet 177
βββ) Unterscheidung nach der Stringenz seiner Durchführung 180
γγ) Exkurs: Sonderfälle des Alleinvertriebs 181
bb) Positive und negative Absatzbindungen 182
cc) Einfache und qualifizierte Absatzbindungen 182
c) Surrogate und verwandte Bindungen 183
6. Bezugsbindungen 184
a) Begriff 184
b) Arten 185
aa) Bezugsbindungen betr. Vertragswaren und betr. Fremdwaren 185
α) Bezugsbindungen betr. Vertragswaren 185

aa) Persönliche Bezugsbindungen 186
ββ) Räumliche Bezugsbindungen 187
β) Bezugsbindungen betr. Fremdwaren 187
aa) Verbot des Bezugs von Konkurrenzwaren 188
ββ) Verbot des Bezugs (auch) nicht konkurrierender Waren 190
bb) Positive und negative Bezugsbindungen 190
c) Surrogate und verwandte Bindungen 191
7. Vertriebsbindungen 192
a) Begriff 192
b) Arten 193
aa) Persönliche und räumliche Vertriebsbindungen 193
a) Persönliche Vertriebsbindungen 194
aa) Marktstufenspezifische Vertriebsbindungen 194
ββ) Marktstufenindifferente Vertriebsbindungen 197
β) Räumliche Vertriebsbindungen 200
bb) Positive und negative Vertriebsbindungen 200
cc) Einfache und qualifizierte Vertriebsbindungen 201
8. Marketing-politische Bindungen 202
a)Begriff 202
b) Die einzelnen Bindungsinhalte 203
aa) Einrichtung, Ausstattung, Warenpräsentation 203
bb) Kundendienst 203
cc) Lagerhaltung 204
dd) Sortiment 205
ee) Werbung 206
ff) Personal 209
gg) Aufbau eines Vertriebsnetzes 209
hh) Andere Bindungen 210
9. Kooperations- und Informationsbindungen 211
10. Konkurrenzverbote 213

11. Gebietsschutzbindungen 214
a) Begriff 214
b) Arten 215
aa) Herstellerbindung und Händlerbindung 215
α) Herstellerbindung (qualifizierte räumliche Absatzbindung) 215
β) Händlerbindung 216
αα) Einfache Gebietsschutzbindungen (räumliche Vertriebs- und Bezugsbindungen) 216
ββ) Qualifizierte Gebietsschutzbindungen (qualifizierte räumliche Vertriebsbindungen) 220
bb) Positive und negative Gebietsschutzbindung 220
c) Ziele 221
d) Surrogate und verwandte Bindungen 222
12. Warenzeichenbindungen 225
13. Preisbindungen 226
14. Ordentliche vertragsrechtliche Klauseln 226

§ 2 Seinstypen des selektiven Vertriebs 229
I. Modelle selektiver Vertriebssysteme 229
1. Einstufiger selektiver Vertrieb 229
2. Zweistufiger selektiver Vertrieb 229
3. Dreistufiger selektiver Vertrieb 231
II. Seinstypische Vertragsklauseln 231

§ 3 Zivilrechtliche Probleme 235
I. Die Rechtsnatur der Vertragshandelsverträge 235
II. Übersicht über zivilrechtliche Probleme 240

3. Teil: Selektiver Vertrieb, Wettbewerb und Recht der Wettbewerbsbeschränkungen 245

1. Abschnitt: Die Auswirkungen des selektiven Vertriebs auf den Wettbewerb 247

§ 1 Wettbewerbstheoretische Grundlagen 249
I. Der selektive Vertrieb als vertikale Wettbewerbsbeschränkung 249
1. Der Begriff der vertikalen Wettbewerbsbeschränkung 249
2. Eigenart der vertikalen Wettbewerbsbeschränkung 251
II. Erscheinungsformen des vom selektiven Vertrieb berührten Wettbewerbs 257
1. Übersicht 257
2. Die marktstufenorientierte Sicht 258
a) Herstellerwettbewerb 258
b) Händlerwettbewerb 259
c) Wettbewerb zwischen Hersteller und Händler 259
3. Die produktorientierte Sicht 260
a) Inter-brand-Wettbewerb 260
b) Intra-brand-Wettbewerb 260

§ 2 Wettbewerbswirkungen des selektiven Vertriebs 263
I. Die massgeblichen Ansatzpunkte 263
II. Typologie der Vertikalbeschränkungen 265
1. Bindungen des Warenlaufs und Bindungen der Angebotsgestaltung 265
2. Insb.: Umfang der gebundenen Aktionsparameter 268
III. Wettbewerbswirkungen der einzelnen Beschränkungstypen 269
1. Selektion 269
a) "Partei"-Wirkungen 269
b) Drittwirkungen 270
2. Bindungen des Warenlaufs 270
a) Parteiwirkungen 270
aa) Absatzbindungen 270
bb) Bezugsbindungen 271
cc) Vertriebsbindungen 272
dd) Gebietsschutzbindungen 273
α) Herstellerbindung 273
β) Händlerbindung 274

b) Drittwirkungen 274
aa) Absatzbindungen 274
bb) Bezugsbindungen 277
cc) Vertriebsbindungen 279
dd) Gebietsschutzbindungen 281
α) Herstellerbindung 281
β) Händlerbindung 282
3. Bindungen der Angebotsgestaltung 283
a) Parteiwirkungen 283
aa) Bindungen hinsichtlich des parteiexternen Verhältnisses 283
α) Bindungen über die Vertragsgestaltung mit Dritten (qualifizierte Absatzbindung und Vertriebsbindung) 283
β) Bindungen generellen Absatz- und Unternehmensverhaltens 283
αα) Interessenwahrnehmungs- und Absatzförderungsbindungen 284
ββ) Marketing-politische Bindungen 284
γγ) Warenzeichenbindungen 286
δδ) Konkurrenzverbote 286
bb) Bindungen hinsichtlich des parteiinternen Verhältnisses 286
α) Kaufvertraglicher Rahmen (insbesondere Mindestabnahmepflichten) 286
β) Kooperations- und Informationsbindungen 288
b) Drittwirkungen 288
aa) Bindungen hinsichtlich des parteiexternen Verhältnisses 288
α) Bindungen der Vertragsgestaltung mit Dritten (qualifizierte Absatzbindung und Vertriebsbindung) 288
β) Bindungen generellen Absatz- und Unternehmensverhaltens 289
αα) Interessenwahrnehmungs- und Absatzförderungsbindungen 289
ββ) Marketing-politische Bindungen 290
γγ) Warenzeichenbindungen 292

δδ) Konkurrenzverbote 292
bb) Bindungen hinsichtlich des parteiinternen Verhältnisses 293
α) Kaufvertraglicher Rahmen (insbesondere Mindestabnahmepflichten) 293
β) Kooperations- und Informationsbindungen 294

2. Abschnitt: Selektion und selektiver Vertrieb im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen 295

§ 3 Selektion, Marktwirtschaft und Kartellrecht 297

§ 4 Vertriebsgestaltungsfreiheit und Wettbewerbsverfassung 301

§ 5 Aspekte der wettbewerbspolitischen Diskussion um den Zugriff auf vertikale Vertriebssysteme 307
I. Vertikale Intervention versus Konzentration 307
II. Vertikale Intervention versus Uniformierung im Absatz 310
III. Normtechnische Anknüpfungspunkte im vertikalen Wettbewerbsbeschränkungsrecht 311

1. TEIL:

ABSATZWIRTSCHAFTLICHE BETRACHTUNG DES SELEKTIVEN VERTRIEBS

1. Abschnitt:

Grundlagen der selektiven Absatzpolitik und der Abnehmerselektion

§ 1 Marketing-Konzept und Vertrieb

I. Die Marketing-Konzeption

1. *Selektiver Vertrieb* bildet eine *Spielart des Absetzens von Gütern in freien Marktwirtschaften.* Er ist unverkennbar in der unternehmenspolitischen Welt des *"Marketing"* beheimatet. Sonach fragt man sich zunächst, was dieser – teils als Zauberformel hochgejubelte, teils zur Modeletter verkommene – Begriff denn überhaupt beinhalte. Die Idee in ihrer heutigen Ausformung[1] wuchs bekanntlich im tiefgehenden wirtschaftlichen und soziologischen Wandel der Nachkriegszeit, als – im Soge unerwarteter Prosperität – ein Angebotsüberhang den betrieblichen Engpass zusehends von der Erzeugung auf den Absatz verschob.[2] Seitdem steht alles Wirtschaften unter der Parömie: "Den Markt zum Lehen" (MESTMÄCKER). Der neue Denkstil erheischt nämlich ein durchgehend der Nachfrage angepasstes unternehmerisches Verhalten. "Marketing" meint somit nichts weniger als die "systematische und planmässige Ausrichtung aller Unternehmungsfunktionen auf die effektiven und potentiellen Bedürfnisse der Abnehmer"[3], mithin die *umfassende "Führung des Unternehmens vom Markt her."*[4]

1 Vorgängig stand "Marketing" gleichbedeutend mit Begriffen wie "Absatz", "Vertrieb" usw., erfasste also lediglich die *letzte Phase des betrieblichen Funktionsablaufes* und wurzelte in einem wesentlichst produktionsorientierten Zielsystem. (Zu diesem älteren Marketing-Verständnis KOTLER 15, STANTON 3, HILL, Bd. 1, 34 f., BIDLINGMAIER, Marketing, Bd. 1, 13 f., NIESCHLAG/DICHTL/HÖRSCHGEN 30, ALBRECHT 13, WEIS 18, MEFFERT 33 f., SOMMER 8, OXENFELDT 22 f., SCHILD 102 und PHILLIPS/DUNCAN 5; noch im gleichen Sinne der Definitionsversuch des Committee on Definitions, Marketing Definitions: A Glossary of Marketing Terms, American Marketing Association, Chicago 1960, 15).

2 So insb. LINNERT, Marketing, 21.

3 HILL, Bd. 1, 39; vergl. weiter auch BATZER/GREIPL/LAUMER 162, BIDLINGMAIER, Marketing, Bd. 1, 13 f., NIESCHLAG/DICHTL/HÖRSCHGEN 31 f., WEIS 19, SOMMER 10 f., ALBRECHT 13; aus dem US-Schrifttum BELL 10 f., KOTLER 17 f., STANTON 9 f., OXENFELDT 21 und 24 f. – Im Kontext ist ebenfalls häufig vom *"Primat des Absatzes"* die Rede. (WEINHOLD-STÜNZI 18, ROTTMANN 11, SCHILD 105).

4 LINNERT, Marketing, 23; ähnlich MEFFERT 33, WEINHOLD 55. Ins Zentrum dieser schöpferischen Grundhaltung wird mit Nachdruck der Verbraucher mit

2. Zu dieser Markterschliessungsaufgabe stehen nach gängiger Klassifikation *4 Instrumente* bereit[5] : Produkt-, Preis-, Werbe- und Distributionspolitik.[6] Für die Verhandlung des Selektivvertriebs

seinen gegenwärtigen und zukünftigen Wünschen und Bedürfnissen gerückt. (Anschaulich etwa SOMMER 33 f.; vergl. zudem den Beschrieb dieser Kundenorientierung bei OXENFELDT 24 und KOTLER 18) – Der Vollständigkeit zuliebe vermerke man indessen auch die (namentlich von der Konsumentenschutztheorie entwickelte) *Kritik* an einer solcherweise übergewichteten *Verbrauchersouveränität* und am Gesetz der Lenkung des Angebots durch Nachfragerpräferenzen. (Vergl. z.B. SCHERHORN, Verbraucherinteresse, 2 f., ders., Verbraucher 8 f., MATTHÖFER 69 f., NEUMANN, Wahlfreiheit, 12 f. und DICHTL 24; zum Produzentenmarketing aus verbraucherpolitischer Sicht insb. BIERVERT/FISCHER-WINKELMANN/ROCK 91 f. sowie FISCHER-WINKELMANN W.F./ROCK R. (Hsg), Markt und Konsument, Zur Kritik der Markt- und Marketing-Theorie, Teilband II: Kritik der Marketing-Theorie, München 1976).

5 Vergl. als Übersichten über das marketing-politische Instrumentarium LEITHERER 20 f., HILL, Bd. 2, 19 f., LINNERT, Marketing, 237 f., WEIS 112 f., BIDLING-MAIER, Marketing, Bd. 2, 229 f., NIESCHLAG/DICHTL/HÖRSCHGEN 154 f.

6 Die *Produktepolitik* bildet das "Herz des modernen Marketings". (BIDLING-MAIER, Marketing, Bd. 2, 232) Sie legt im wesentlichen fest, mit welchen Erzeugnissen die Unternehmung am Markte auftritt, formt sonach – in ständiger Produktelimination, -innovation und -variation das je gültige Leistungsprogramm des Herstellers. (Im einzelnen: SABEL H., Produktpolitik in absatzwirtschaftlicher Sicht, Wiesbaden 1971, KAPFERER C./DISCH W.K.A., Absatzwirtschaftliche Produktpolitik, Kompendium der Absatzwirtschaft Bd. 2, Köln und Opladen 1967, LAW P./WEINBERG C./DOYLE P./SIMMONDS K., Product Management, London u.a., 1974, HOLT K., Product Innovation, London, Boston u.a. 1977, KRAUSHAR P.M., New Products and Diversification, 2 ed., London 1977 und PESSEMIER E.A., New-Product Decisions, An analitical approach, New York u.a. 1966) – Umfangreich ist der *preispolitische* Massnahmenkatalog. Er führt von der Einzirkelung eines vagen pretialen Rahmens bis hin zu einer (örtlichen und zeitlichen) Differenzierung nach Einzelprodukt, Käuferschicht und Teilmarkt. (Vergl. – neben den angeführten Standards – z.B. auch ERHARDT K., Preis- und Rabattpolitik, in: Management-Enzyklopädie, Bd. 4, München 1971, BACKMAN J., Price Practices and Price Policies, New York 1953, OXENFELDT A.R., Pricing Strategies, New York 1975 und LIVESEY F., Pricing, London and Basingstoke 1976 – *Werbepolitik* endlich beinhaltet – neben der Festlegung von Werbeobjekt und -subjekt – zumal die Auslese und Kombination von Werbemitteln (Inserate, Plakate usw.) und Werbeträgern (TV, Radio, Druckpresse usw.). (Vergl. statt vieler BEHRENS K.Ch., Handbuch der Werbung, Wiesbaden 1970, EDLER F., Werbetheorie und Werbeentscheidung, Wiesbaden 1966 und ANTON M., Die Ziele der Werbung in Theorie und Praxis, Wiesbaden 1973).

interessiert natürlich zumal das letztgenannte Absatzmittel. *Distributionspolitik*[7] besorgt die Organisation des Warenlaufes vom Hersteller bis hin zum Verbraucher. Sie zerfällt in 2 Entscheidbereiche[8]: Die *"channel policy"*[9] legt fest, ob (und welche) Zwischenglieder der vertikalen Verteilerkette eingebaut werden. Sie verdichtet sich letztendlich zur vertrauten Vertriebswegealternative zwischen direktem und indirektem Absatz.[10] Welche auch immer vorgezogen wird: nachgehend sind die Distributionsorgane (und die ihnen überantworteten Marketingaufgaben) zu bestimmen. Dies stets mit Blick auf erzeugnis-[11], markt-[12] oder unternehmensspezifische Eigenheiten[13] des geplanten Vertriebssystems.[14] Die *"physical distribution"* (Marketing-Logistik) dagegen beschlägt die Begleitfunktionen wie Auftragsbearbeitung und -erledigung, Transport, Lagerhaltung und Lieferservice.[15]

7 Die Terminologie zu diesem Marketing-Instrument ist uneinheitlich. (Vergl. etwa die andern Gliederungen bei HILL, Bd. 2, 67 f. und 179 f. sowie NIESCHLAG/DICHTL/HÖRSCHGEN 127 f. und 192 f.).

8 Auf diese Sonderung der beiden Bereiche stösst man namentlich in der amerikanischen Literatur. (Vergl. u.a. STANTON 270 f. und 376 f., KOTLER 542 f. und 580 f., OXENFELDT 383 f. und 669 f.; ebenso WEIS 202).

9 Zu den in dieser Schrift so bedeutsamen Distributionskanälen vergl. MEYER, Grundzüge, 47 f., SCHENK/VÖLK 15 f., BIDLINGMAIER, Marketing, Bd. 2, 330 f. und HILL, Bd. 2, 74 f. sowie die beiden Abhandlungen von SAVAL und BÖCKER.

10 Dazu den nächstfolgenden Abschnitt II, 2.

11 Beispiele: Verderblichkeit, Image, Gewicht, Grösse, technische Komplexität.

12 Beispiele: Nachfragestruktur, Konkurrenzverhalten.

13 Beispiele: Finanzkraft, Marketing-Konzeption, Leistungsprogramm.

14 Zu den Determinanten selektiver Vertriebssysteme hinten 75 f.

15 Darüber BIDLINGMAIER, Marketing, Bd. 2, 357 f., WEIS 235 f., MEFFERT 404 f., HILL, Bd. 2, 179 f., MAGEE J.F., Physical-Distribution systems, New York 1967, KLEE J./WENDT P., Physical Distribution im modernen Management, München (ohne Angabe des Druckjahres).

Weil selektiver Vertrieb nichts anderes darstellt als ein eigenwilliger, streng vom Hersteller normierter Absatzkanal, sind nunmehr Fragen um Vertrieb und Vertriebsweg näher auszubreiten.

II. Vertrieb, Vertriebsweg, Vertriebswegeentscheidung

1. Dem Begriff *"Vertrieb"* selber liegt im betriebswirtschaftlichen Schrifttum kein einheitlicher Vorstellungsinhalt zugrunde. Nach geläufigem Verständnis umfasst er – gleichsinnig wie "Absatz" oder "Distribution"[16] – jedes Unternehmerhandeln, mit dem die bereitgestellten Leistungen auf den Markt gebracht und den Abnehmern zugeführt werden.[17] Vertrieb dient der Überwindung der Kluft zwischen Produktion und Konsumption und spielt hiermit in der Erschliessung von Verbrauchsgütermärkten eine herausragende Rolle.[18]

2. Folgerichtig ist der *"Vertriebsweg"*[19] (als Gegenstand der "channel policy" im engeren Sinne) "die Kette derjenigen Organe..., die an dem wirtschaftlichen Transfer einer Ware zum Konsumenten... unmittelbar beteiligt sind...".[20] Je nach dem wirtschaftlichen Eigenleben der angelaufenen Zwischenstationen hat man direkten und indirekten Vertrieb auseinanderzuhalten.

16 So etwa ULMER, Vertragshändler, 24, SCHICKE 7, SÖLTER, Kooperative Absatzwirtschaft, 129 Fn. 1, JOSCHKE 338 und WÖHE 377; vergl. ferner BANSE 5983, TRESCH 29 und ANGERN O., System des Marketing, Bern 1973, 14 f.

17 Ähnlich – auf den Verwertungsprozess bezogen – umschreiben auch KOCH, Grundlagen und Technik des Vertriebs, Bd. 1, 54, MEYER, Vertrieb, 2103 f. und ders., Vertrieb-Marketing-Sales Promotion, Eine vergleichende Untersuchung, ZfB 1958, 643 f.

18 Anstelle vieler MEYER, Grundzüge, 13.

19 Gleichsinnig verwendet werden auch die Bezeichnungen "Absatzweg", "Absatzkanal", "Distributionskanal", "Distributionsweg", "Handelskette", "Handelsweg", "marketing channel", "distribution channel" usw. (Vergl. WEINBERG 180, BÖCKER 39 f., KOTLER 546 und WULLSCHLEGER 9).

20 SAVAL 18; vergl. auch LANG 54, STANTON 271, TIETZ, Marketing II, 292, WEIS 202, MEFFERT 389 f., CINA 1 f., WEINBERG 179. – Prägnant die Definition bei HOWARD (262): "A company's marketing channel is the path through which its products reach the ultimate user."

Beim *direkten Vertrieb*[21] bedient der Hersteller – unter Meidung des selbständigen Handels – geradewegs den Endverbraucher. Wählt er nicht unmittelbare Werksbelieferung, schaltet er unternehmenseigene Absatzträger (Verkaufsfilialen oder -niederlassungen, Tochtergesellschaften usw.) ein.[22]

Indirekter Vertrieb liegt dagegen vor, wenn der Hersteller "alle oder den überwiegenden Teil der anfallenden Distributionsaufgaben an fremde und wirtschaftlich selbständige Organe überträgt."[23] Seine Abnehmer sind Gross- und (oder) Einzelhändler, Absatzmittler also, die den Warenstrom selber lediglich auf neue Kunden umlenken. Ihre Bedeutung liegt in der Bewältigung ausgegrenzter Funktionen im gesamtwirtschaftlichen Güteraustausch[24], mithin in der Überbrückung von der Natur der Sache vorgegebener räumlicher, zeitlicher, quantitativer und qualitativer Spannungen zwischen Erzeugung und Verbrauch.[25] Selektiver Vertrieb ist – als Verkauf über eine künstlich geschmälerte Händlerschar – indirekter Vertrieb.

3. *Entscheidungen über Vertriebswege* gehören zu den bedeutungsvollsten der Unternehmensführung, im gleichen Zuge aber zu den schwierigsten.[26] Dies aus 3 Gründen: In der Anlage sind sie

21 Im direkten Kanal vertreiben vor allem Anbieter von Dienstleistungen und Investitionsgütern.

22 Vergl. zum Direktvertrieb GUTENBERG 155 f., MEYER, Grundzüge, 51 f., LINNERT, Marketing, 129 f., LANG 54 f., TRESCH 38 f., WEIS 204 f., BIDLINGMAIER, Marketing, Bd. 2, 330 f. und NIESCHLAG/DICHTL/HÖRSCHGEN 139 f.; aus der Spezialliteratur die Arbeiten von COLTZAU und BACKHAUS.

23 BIDLINGMAIER, Marketing, Bd. 2, 331.

24 Beispiele: Sortimentsbildung, Transport, Lagerhaltung, Kundendienst, Kreditierung. (Zu den einzelnen Handelsfunktionen auch KOCH, Grundzüge und Technik des Vertriebs, Bd. 2, 86 f., GUTENBERG 157 f. und HILL, Bd. 2, 74 f.; auf das Schrifttum eingehend KERN 17 f. und MARRE H., Handelsfunktionen, HdAw, 709 f.).

25 Vergl. KERN 26 und MEYER, Grundzüge, 47 f.

26 Vergl. KOTLER 578, SAVAL 19. – Darin mag man auch die Gründe dafür suchen, dass die wissenschaftliche Durchdringung der Absatzwegeproblematik lange Zeit nicht befriedigte. (Vergl. KIRSCH/ESSER 193, BÖCKER 17 sowie BUCKLIN L.P., Postponement, Speculation and the Structure of Distribution Channels, in: The Marketing Channel, A Conceptual Viewpoint, New York, London, Sydney 1967, 73).

langfristig-strategischer und somit statischer Natur. Beschwerlich ist es, eingespielte Distributionskanäle umzuleiten oder gar aufzugeben.[27] Im weiteren fällt ihr Beziehungsreichtum zu den übrigen Marketing-Instrumenten auf. Die Vertriebswegewahl ist immer auch Richtpunkt für die übrigen Instrumentalvariablen.[28] Indirekter (und damit selektiver) Vertrieb endlich verumständlicht sich durch die Aufnahme unabhängiger Händler in die Absatzkette. Wo auf den Umschlagstellen wirtschaftliches Eigenleben herrscht, droht dem Hersteller auch die Verfolgung selbständiger, den seinen widerstreitender absatzwirtschaftlicher Ziele.[29] Daher ringt er um Einflussnahme auf den Handelskanal und um Kontrolle seiner Verteiler.[30]

Wieweit solche vertikale Intervention[31] glückt, entscheidet massgeblich die *Machtverteilung* in den Vertriebswegen.[32] Eben diesen Machteinsatz zur willfährigen Beherrschung von Absatzkanälen hat die (hinten abzuhandelnde) *wirtschaftsrechtliche Aufsicht über Distributionswegepolitik* zu überwachen.[33]

27 Man halte sich vergleichsweise die Flexibilität von preis- oder werbepolitischen Entscheiden vor Augen. (Vergl. BELL 455, KOTLER 545, SAVAL 12, HILL, Bd. 2, 76 und SÖLTER, Kooperative Absatzwirtschaft, 32).

28 Anschaulich die Beispiele bei KOTLER 545; vergl. ferner die Ausführungen von BÖCKER (27 f.) über den "Distributionsmix".

29 Zu der eigenwilligen Problematik, die sich aus der Natur des Vertriebsweges als "exogenes Absatzmittel" ergibt, vergl. insb. BEYELER L., Grundlagen des kombinierten Einsatzes der Absatzmittel, Bern 1964, 23 f.

30 Ausführlich zu diesem Kardinalanliegen des Selektivvertriebs hinten 113 f.

31 Mit *"vertikaler Intervention"* ist jede Form gemeint, in der der Hersteller – mit unterschiedlichen Einwirkungsmitteln (Vertrag, Empfehlung, Druckanwendung, Verhaltensabstimmung) – Vertriebswegegestaltung und Händlerverhalten festzuprägen unternimmt. (Vergl. zum Begriff auch SCHEUFELE, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 1636).

32 Zur "Macht" als Phänomen von Vertriebswegeentscheidungen WEINBERG 184 f., HANSEN 67 f., BIDLINGMAIER, Marketing, Bd. 2, 343 f. sowie WEINBERG P./ ZWICKER E., Ansatzpunkte zur Messung und interaktionstheoretischen Interpretation der Macht, dargestellt an Machtbeziehungen in Absatzwegen, in: Konsumentenverhalten und Marketing, Opladen 1973, 125 f.

33 Vergl. den wettbewerbsrechtlichen Teil hinten in Bd. 2.

III. Wandel in den Vertriebswegen als wirtschaftlicher Hintergrund des selektiven Vertriebs

1. Seit geraumer Zeit vollziehen sich in den Absatzketten dynamische *Umbrüche*[34], entfesselt durch ein stetig ansteigendes Güterangebot und durch gewandelte Einkaufsgewohnheiten der Verbraucher.[35] Der industriellen Revolution folgt nunmehr eine "kommerzielle" nach.[36] Nirgendwo ist sie augenfälliger als in der Bildung neuer Handelsbetriebsformen (Supermarkt, Discount, Cash and Carry, Shopping Center usw.).[37] Das Marktanteilswachstum dieser zumeist grossflächigen Verkaufseinheiten hat auf den Zwischenhandelsstufen die bekannte *Konzentration* ausgelöst.[38]

34 Vergl. die Einteilung dieser Entwicklung in 5 Stufen bei KIRSCH/ESSER 193 f.

35 Zum letzteren SOMMER 156 f., SCHNEEBERGER, Rationalisierungsmöglichkeiten, 46 f., SÖLTER, Kooperative Absatzwirtschaft, 168 f. und STEHLIN H., Der Wandel des Verkaufssystems im Detailhandel, unter besonderer Berücksichtigung der Selbstbedienung, Diss. Basel 1955, 112 f.

36 SÖLTER, Kooperative Absatzwirtschaft, 130, THOMA 257.

37 Zur Entwicklung neuer Betriebsformen (als Auswahl) BIDLINGMAIER J., Dynamik der Betriebsformen im Handel, in: Marketing Enzyklopädie, Band 1, München 1974, 281 f., WEINHOLD H., Distributionsleistungen und Distributionsformen, in: Neuzeitliche Distributionsformen, Schriftenreihe der Forschungsstelle für den Handel an der Hochschule St. Gallen, Bd. 5, 9 f., NIESCHLAG R., Dynamik der Betriebsformen des Handels, HdAw, 366 f., PETERMANN G., Der Wandel der Vertriebsformen im Einzelhandel der Vereinigten Staaten von Amerika, in: Wandel im Handel, Wiesbaden 1962, 137 f.

38 Man kennt die Themen der darob geführten *strukturpolitischen Debatte:* Massensterben des Kleinladens, Lichtung der Verteilernetze, Unterversorgung der Randgebiete usw. (Vergl. z.B. HENZLER 721 f., ANGEHRN 227 f., SÖLTER, Kooperative Absatzwirtschaft, 153 f., NIESCHLAG 473 f., ders., Konzentration im Handel, HdAw, 1116 f., EHRLINGER E., Die Konzentration im Einzelhandel, Diss. Erlangen-Nürnberg (ohne Angabe des Druckjahres), AUER B., Detailhandelskonzentration und Wettbewerb, NZZ vom 24.6.1975).

Gleichlaufend zu diesen Strukturveränderungen reifte eine neue Leitidee der Absatzgestaltung: diejenige der zwischenbetrieblichen *Zusammenarbeit.*[39] In ungezählten Formen [40] und in ausgeklügelten Rechtsgewändern[41] durchgespielt, macht sie sich zunehmend auch in der Marketingpolitik breit.[42] Für unsere Belange interessiert vornehmlich die *vertikale Kooperation,*[43] die das "klassische" Hersteller-Händler-Verhältnis zu überdenken anregt.[44] Nicht selten waren und sind die zwischenstuflichen Beziehungen in den Vertriebsketten nämlich von Konfliktgeist und mangelndem Verständnis des Stufennachbarn geprägt.[45] Beide Partner ersinnen sich oftmals eigenwillige, derjenigen des andern

39 Zum Begriff der Kooperation RINCK 226, FISCHER, Konzentration, 104 f., SCHLUEP, Unternehmenskonzentration, 257 f., SÖLTER, Kooperationspolitik, 233 f., BLOHM 890 f., GERTH 2257 f., BIDLINGMAIER, Kooperation, 1124 f.

40 Über die einzelnen Kooperationsformen ausführlich RÜHLE VON LILIENSTERN 1059 f., TILMANN 93 f., SÖLTER, Kooperationspolitik, 242 f., BLOHM 890 f., SCHLUEP, Unternehmenskonzentration, 297 f., BIDLINGMAIER, Kooperation, 1126.

41 Zu den mannigfaltigen Rechtsformen vor allem SCHLUEP, Unternehmenskonzentration, 316 f.

42 Vergl. die Zusammenschau über die Kooperationsfelder in den Bereichen von Produkt- und Sortimentspolitik, Preispolitik, Werbepolitik und Distributionspolitik bei BIDLINGMAIER, Marketing, Bd. 2, 174 f.; ferner RASCHE 201 f. und KIRSCH W., Kooperatives Marketing Koalition selbständiger Unternehmer oder die Parabel von den Strassenräubern, in: Marketing heute und morgen, Wiesbaden 1975, 299 f.

43 Vertikal ist die Kooperation, wenn sie zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen stattfindet. Sie kann rückwärts (bezugsorientiert) oder vorwärts (absatzorientiert) erfolgen. (Vergl. SCHLUEP, Unternehmenskonzentration, 297, ULMER, Vertragshändler, 26, SÖLTER, Kooperationspolitik, 243 f., KNOBLICH 505, RÜHLE VON LILIENSTERN 1967, SCHULTHESS 17, BIDLINGMAIER, Kooperation, 1126 f.).

44 Vergl. den historischen Rückblick über die Vertriebswegebeziehungen bei TRIEBENSTEIN 81 f.; dazu auch BATZER, Markenartikel, 183 f. und THOMA 262 f.

45 TRIEBENSTEIN 80 und THOMA 263. – Ausführlicher KARTTE 56 f., MEFFERT H./STEFFENHAGEN H., Konflikte zwischen Industrie und Handel, Münster 1975, 8 f. und KROEBER-RIEL W./WEINBERG P., Konflikte in Absatzwegen als Folge inkonsistenter Präferenzen von Hersteller und Händler, ZfB 1972, 525 f.

entgegenlaufende Marketingvorstellungen.[46] Vertikale Kooperation bietet nunmehr die Chance einer Neuaufteilung im absatzwirtschaftlichen Pflichtenheft, verknüpft mit einem Eindringen in bislang fremde Funktionsbereiche.[47] Wiewohl solches Zusammengehen nur mühsam heranwachsen mag,[48] besteht – gerade als Abwehrdispositiv wider die Konzentration – mancherorten ein eigentlicher "Zwang zur Kooperation".[49] Die "Marketing-Führerschaft"[50] im Zweigespann mag hiebei beim Hersteller oder beim Handel liegen.[51]

2. Die Ergiebigkeit solcher Vertikalzusammenarbeit hat gerade die *Vertriebswegekooperation* aufgezeigt.[52] Mehr noch: Zusammenarbeit hat mitunter neue Vertriebswege erst geboren.[53]

46 Im Kontext ist interessant zu erfahren, dass die *sclektive Vertriebspolitik* der Hersteller (zusammen mit den gebundenen Zweithandpreisen) die Entwicklung der Handelsmarke wesentlich *gefördert* haben. (Vergl. BATZER, Markenartikel, 184) – Zur selbständigen Disziplin des Handelsmarketing z.B. MARZEN W., Handelsmarketing der Zukunft, Marketing heute und morgen, Wiesbaden 1975, 421 f., DISCH W.K.A., Marketing im Handel, in: Marketing Enzyklopädie, Bd. 2, München 1974, 401 f. und Marketing im Handel, Schriftenreihe der Forschungsstelle für den Handel an der Hochschule St. Gallen, Band 4, Bern 1962.

47 Anschaulich ULMER, Vertragshändler, 23 f.; vergl. auch hinten 119 f.

48 Vergl. etwa TIETZ, Kooperation, 233.

49 Vergl. SÖLTER, Kooperative Absatzwirtschaft, 34, ULMER, Vertragshändler, 26 und BAADER D., Die Zusammenarbeit zwischen Hersteller und Handel aus der Sicht eines Markenartikel-Herstellers, in: Marketing heute und morgen, Wiesbaden 1975, 354 f.

50 Zum Begriff hinten 111.

51 BIDLINGMAIER, Marketing, Bd. 2, 332, ULMER, Vertragshändler, 26, SÖLTER, Kooperative Absatzwirtschaft, 19 f. und 49 f.

52 In der Literatur wird Kooperation im Bereiche der Vertriebswegegestaltung mit unterschiedlichen, meistenteils aber sinngleichen Begriffen erfasst: KOTLER (550 f.) verwendet die Bezeichnung "vertikale Marketing-Systeme", LEITHERER (51) redet von "kollektiver Gruppenbildung", LINNERT (Marketing, 101) von "kollektiven Absatzwegen"; vergl. ferner TIETZ, Kooperation, 233 f. und BIDLINGMAIER, Kooperation, 1137 f.

53 Darüber sehr einlässlich SÖLTER, Neue Vertriebswege, 523 f.

Sie kann grundsätzlich zwischen sämtlichen Stufen spielen.[54] Kennzeichnend sind allemal starke Funktionsverschiebungen im Absatzkanal. Bis anhin von der einen Marktstufe besorgte Aufgaben werden vorwärts oder rückwärts delegiert.[55] Die traditionellen Funktionsabgrenzungen verfliessen und weichen einer neuen kooperativen Ordnung.

Diese Entwicklung musste gleichfalls auf die Rechtsfortbildung, zumal im Vertragsrecht, übergreifen. Die schuldrechtlichen Rahmen solcher vertikalen Marktregelungen verdichteten sich denn auch zu *Typen neuer vertraglicher Vertriebssysteme.*[56] (Vertragshändlervertrieb,[57] Franchising[58] usw.)

Im Lichte dieses wirtschaftlichen Wandels erkennt man nun leicht die *Herstellerphilosophie im Selektivvertrieb.* Weil sich mit jeder Funktionsverlegung eine Bruchstelle in der Absatzwegekontrolle auftut, sorgen sich die Produzenten aufmerksam um Anzahl und Qualität ihrer Kooperationspartner. Sie stellen im Vertriebsnetz nur Händler ein, die verbürgen, dass die vorgefassten Marketingideen im Zwischenhandelsgefüge keinen Schaden nehmen. Die Kundenschar ist indessen nicht nur (qualitativ und/oder quantitativ) begrenzt ; ihr systemkonformes Verhalten wird obendrein mittels entsprechender Vertragsbindungen abgesichert und überwacht.

54 Vergl. TIETZ, Kooperation, 233 f.

55 Vergl. LINNERT, Marketing, 323, SÖLTER, Kooperative Absatzwirtschaft, 15 ; zum Eindringen der Industrie in die Handelssphäre vor allem ULMER, Vertragshändler, 24 f.

56 Vergl. statt aller die aufschlussreiche Übersicht bei SCHENK/VÖLK 15 f.

57 Zum Vertragshändlervertrieb LINNERT, Marketing, 328 f., NIESCHLAG/DICHTL/HÖRSCHGEN 654 f., HILL, Bd. 2, 81 f., SCHENK/VÖLK 16 f. ; einlässlicher ULMER, Stellung, 8 f., ders., Vertragshändler, insb. 93 f. und STUMPF 11 f.

58 Zum Franchising auswahlsweise SCHULTHESS 7 f., SCHLUEP, Innominatverträge, 83 f., GROSS H./SKAUPY W., Das Franchise-System, Düsseldorf und Wien 1968, SEEBAUER R., Franchising, in: Marketing Enzyklopädie, Bd. 1, München 1974, 749 f., TIETZ B., Franchising – ein Vertriebssystem mit vielen Gesichtern, Die Absatzwirtschaft 1967, 494 f., MELLEROWICZ K., Franchising – eine neue Vertriebsform, MA 1971, 369 f., POECHE J., Franchising – ein Vertriebssystem mit Zukunft, MA 1972, 291 f., TIETZ B./MATHIEU G., Das Franchising als Kooperationsmodell für den mittelständischen Gross- und Einzelhandel, Saarbrücken 1978.

§ 2 Grundzüge selektiver Absatzpolitik

I. Marktpolitik und Selektion

Für die Einordnung des selektiven Vertriebs in den richtigen marktpolitischen Zusammenhang hat man auszugehen vom Umfang der unternehmerischen Aktivitäten auf Absatz- bzw. Beschaffungsmärkten, will heissen von der Frage, ob der Unternehmer sämtliche Verkaufs- und Bezugsgelegenheiten (in einer bestimmten zeit- und ortsbezogenen, qualitativen und quantitativen Konstellation) ausschöpfen wolle. Mithin geht es um den *Prozess der betrieblichen Markterfassung.*[1]

1. Das Prinzip der vollständigen Markterfassung

HUNDHAUSEN meint mit "vollständiger Markterfassung"[2] das *"absatzwirtschaftliche Bestreben..., jede Art von Abnehmern zu gewinnen, jeden Vertriebsweg zu benutzen, jedes geographische Gebiet zu erobern und alle Waren zu liefern, die verlangt werden..."*[3] Solche Marktpolitik muss ersichtlich undifferenziert sein.[4] Der Verbraucher erkennt sie im besonderen an der Überallerhältlichkeit der Leistungen und an ihrer starken Präsenz in den Händlersortimenten.[5]

1 "Unter dem Terminus 'Markterfassung' werden alle auf den Markt gerichteten betrieblichen Aktionen informatorischer und dispositiver Art zusammengefasst." (BEHRENDS 20).

2 HEMPEL (160) redet von "totaler Markterfassung"; ebenso REINECKER (19).

3 HUNDHAUSEN 521; ähnlich HEMPEL 161 ("Belieferung von jedermann zu jeder Bedingung"), TIETZ, Marketing I, 1356 und KOCH, Absatzpolitik, 108 f.

4 SEVIN (5) spricht von einer "laissez-faire or complete-coverage policy", HUNDHAUSEN (522) von einem "kritiklosen, auf jede Geschäftsmöglichkeit hindrängenden Prinzip".

5 Vergl. GEIST, Selektive Markterfassung, 1343.

2. Das Prinzip der selektiven Markterfassung

Demgegenüber ist das Prinzip[6] der selektiven Markterfassung gekennzeichnet von der Absicht, *"aus der grossen Anzahl der Abnehmer nur eine bestimmte Art auszuwählen und von dieser bestimmten Art von Abnehmern auch nur eine gewisse Anzahl zu beliefern, die einen gewinnbringenden Umsatz gewährleisten.* Es würde dem Prinzip der selektiven Markterfassung widersprechen, den Absatz auf jedem nur möglichen Vertriebsweg zu suchen, es würde ihm widersprechen, jedes geographische Gebiet einzubeziehen und es würde ihm genau so widersprechen, auch solche Erzeugnisse zu führen, in denen nur gelegentlich Umsätze zu erzielen sind."[7] Diese Selektionsphilosophie unterstellt heterogene Märkte.[8] Sie opfert den Gleichbehandlungsgrundsatz (Gleitzugsprinzip)[9] einer feingliedrigen Marktbearbeitung. Die Differenzierung bestimmt das Absatz- bzw. Beschaffungsverhalten der Unternehmung und prägt gleicherweise Marketing-Politik und Kostenrechnung. Instrumental ist im einzelnen alles offen: Die Selektion lässt sich grundsätzlich mit jedem marktpolitischen Mittel (an der Einkaufs- wie an der Verkaufsfront) vollziehen.[10] [11]

6 Die selektive Markterfassung wird – neben "Prinzip" auch als "Politik", "System" oder "Verfahren" bezeichnet. (GEIST, Selektive Markterfassung, 1344).

7 HUNDHAUSEN 521. Er lehnt sich an die US-Literatur über das "selective selling" an, insb. an die Arbeit von SEVIN. Dieser definiert "selective selling" als "a policy of directing or confining marketing efforts as much as possible to profitable customers, order sizes, sales territories, commodity lines and so on.....". (SEVIN 5) – Einlässlich zum "selective selling" im amerikanischen Schrifttum GEIST, Selektive Absatzpolitik, 17 f., ders., Steuerung, 604 f., ders., Selektive Markterfassung, 1344 f.

8 Über Vorzüge dieser Heterogenisierung HEMPEL 161.

9 TIETZ, Marketing I, 1370.

10 Vergl. TIETZ, Marketing I, 1370; dazu auch die (sehr weit gefasste) Begriffsumschreibung bei GEIST, Selektive Markterfassung, 1344.

11 Im Schrifttum steht die *Selektion auf Bezugsmärkten* hinter derjenigen auf Absatzmärkten zurück. (Exemplarisch insb. die Arbeiten von SEVIN, GEIST und HUNDHAUSEN; vergl. immerhin den Vermerk von BEHRENDS 60 Fn. 2) Dies mag in der verwickelteren Verkaufsproblematik bei Angebotsüberhängen seinen Grund

II. Selektive Absatzpolitik

1. Begriff

Selektive Absatzpolitik ist folgerichtig *eine den Regeln der selektiven Markterfassung nachlebende Vertriebsgestaltung,*[12] auf das Ziel[13] angelegt, "dem gesamten Absatzgeschehen Beschränkungen aufzuerlegen."[14] Sonderformen wie Sprunglieferungen, regionale Marktauswahl oder Einzelhändlerauslese kennt man seit langem aus der US-Vertriebspraxis ("selective selling").[15] GEIST indessen gebührt das Verdienst, die einzelnen Massnahmen und Ausprägungen in ein typologisch geschlossenes System gegossen zu

haben, aber auch in der Tatsache, dass dem Unternehmen regelmässig auf der Verkaufs- mehr Geschäftspartner gegenüberstehen als auf der Einkaufsseite. (Sonderfälle wie Zulieferbetriebe oder Aufkaufhandel vorbehalten) Dennoch kann *Beschaffungsselektion* spielen, beim Hersteller wie beim Zwischenhandel. Die Segmentbildung erfolgt nicht anders als in der Absatzselektion, also nach Lieferanten, Liefermengen, Liefergebieten, Liefersortimenten und Bezugswegen. (So vor allem TIETZ, Marketing I, 1357; vergl. auch hinten 42 f.) Dem Handel in Sonderheit bieten sich die folgenden *einkaufspolitischen Varianten* (SÖLTER, Vertikale Kooperation, 428 f.):
"1. Universalbezug
a) Freier Universalbezug.....
b) kooperativ geordneter Universalbezug.....
2. Erzeugnismässiger Selektivbezug
a) Ausschliessliche Belieferung mit selektiv-heterogenisierten Erzeugnissen.....
b) mit kooperativen Regelungen
3. Raummässiger Selektivbezug
a) Ausschliessliche Belieferung durch den Hersteller in einem räumlich relevanten Markt.....
b) Spezielle Verkaufsförderung ("Merchandising") bestimmter Erzeugnisse in den Verkaufsräumen des Handels durch den Hersteller....."

12 Vergl. GEIST, Selektive Markterfassung, 1344, ders., Steuerung, 603, JAKOB 27 und STEINER 32.

13 Diese zielbewusste Differenzierung ist charakteristisch. (Vergl. insb. NIESCHLAG/DICHTL/HÖRSCHGEN 337 Fn. 26).

14 GEIST, Steuerung, 603.

15 Vergl. die Übersichten bei GEIST, Selektive Absatzpolitik, 11 f., ders., Selektive Markterfassung, 1344 f. und ders., Steuerung, 604 f.

haben. Nach ihm ist selektive Absatzpolitik "dasjenige Handeln der Unternehmungsführung, das den Absatz und die Absatzbemühungen auf jene ausgewählten Auftragsgrössen, Abnehmer, Absatzgebiete, Produktgruppen und Absatzmethoden beschränkt, die, auf Dauer gesehen, der Unternehmung einen gesicherten Gewinn im weitesten Sinn erbringen und das der Unternehmung im Absatzmarkt eine wettbewerbliche Vorzugsstellung begründet."[16]

2. Durchführung

Wie jedes unternehmerische Tun lässt sich auch selektive Absatzpolitik nicht aus der schöpferischen Eingebung des Augenblickes betreiben.[17] Sie bedarf vielmehr einer festgefügten *Auffächerung von Selektionsbereichen.* GEIST sondert *5 "Segmente"*[18]: Auftragsgrössen, Abnehmer, Absatzgebiete, Produkte und Absatzmethoden. Jedes bildet einen Aktionsbereich für die Vornahme der Auswahlentscheide[19] und zerfällt in die eigentlichen operationalen Einheiten, die *Teil-Absatzsegmente.* So mag man beispielsweise die "Abnehmer" nach Standort, Geschäftstyp,

16 GEIST, Selektive Absatzpolitik, 10. – Ebenso (oder ähnlich) MOLL 5, SCHULZ 631, LEMPEN 10 f., TIETZ, Marketing I, 1357 sowie POTH L.G., Marketing-Repetitorium, München 1974, 122; kritisch JAKOB 28 f. und ALEWELL 63 – Diese Definition verlangt immerhin zwei Abgrenzungen: Einmal erfasst selektive Absatzpolitik nur die von den Unternehmungen geplante, also *bewusst gestaltete* Selektion, nicht aber diejenige infolge natürlicher Grenzen des Marktes. (Vergl. im Zusammenhang insb. OTTEL F., Unternehmerische Grenzen des Marktes, ZfB 1963, 535) Zum andern interessieren nur *betriebswirtschaftlich,* nicht politisch oder ethisch motivierte Selektionsentscheide. (Wie hier NIESCHLAG/DICHTL/HÖRSCHGEN 324).

17 Zu den entscheidungstheoretischen Grundlagen im Selektivabsatz BEDNAR/HASENAUER 482 f.

18 Mit abweichender Bezeichnung LEMPEN 11 f.; Vorbehalte gegenüber der Terminologie auch bei ALEWELL 64.

19 BATZER/GREIPL/LAUMER (12) reden von einem "Einzelbereich absatzpolitischen Handelns".

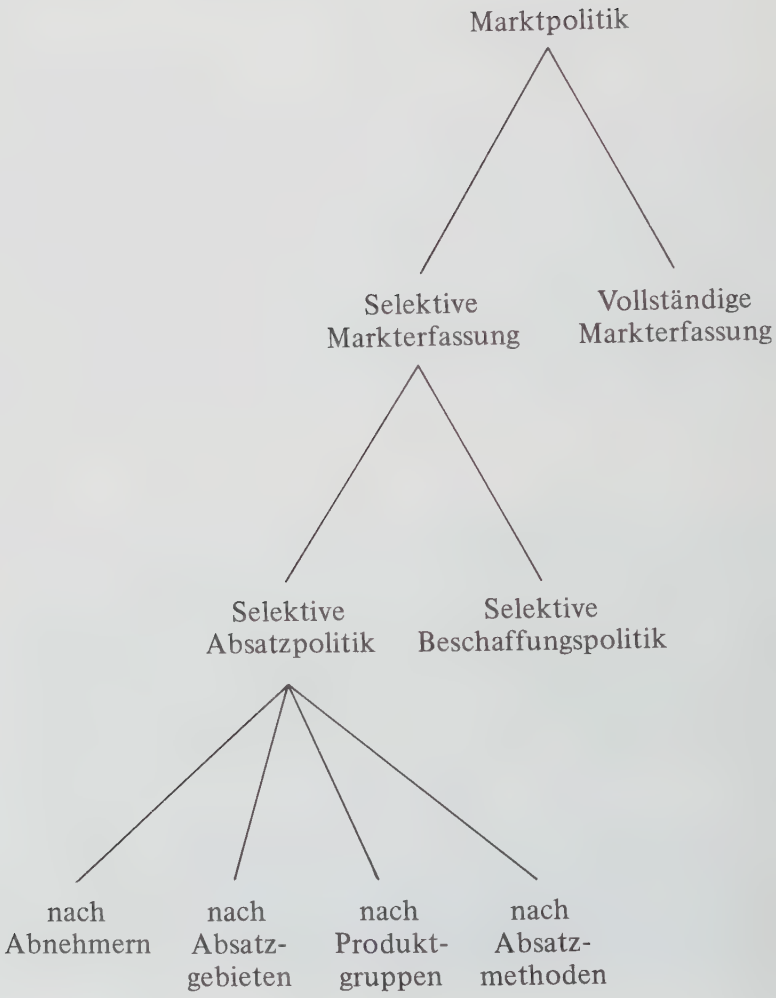
Jahresumsatz usw. gruppieren.[20] Diese Teilsegment-Bildung ist variabel, ausgerichtet am jeweiligen selektionspolitischen Leitziel. Absatzsegmente und Teil-Absatzsegmente stehen untereinander in einer stetigen Wechselbeziehung.[21]

Schaubildlich gewinnt man die folgende Klassifikation von Marktpolitik und Absatzselektion:

20 Einlässlich zu dieser Segmentbildung GEIST, Selektive Absatzpolitik, 53 f. – Dieses Modell der selektiven Absatzpolitik wurde im Schrifttum mehrheitlich übernommen. (So etwa BATZER/GREIPL/LAUMER 12, LINNERT, Selektive Absatzpolitik, 51 f., SCHULZ 631, STEINER 35 f. und POTH, a.a.O., 122; anlehnend offensichtlich auch TIETZ, Marketing I, 1357, ders., Marketing II, 318, LEMPEN 11 f. und FISCHER, Vertriebskostenrechnung, 72 f. ; kritisch aber ALEWELL 63 und JAKOB 28 f.).

21 Vergl. den Hinweis von NIESCHLAG/DICHTL/HÖRSCHGEN 434 – Die *intersegmentalen Wechselwirkungen* können sich in der Umsatz- oder in der Kostenentwicklung einstellen. (Ausführlich zu den indirekten Auswirkungen von Selektionsmassnahmen BEHRENDS 64 f.; vergl. ferner LINNERT, Selektive Absatzpolitik, 68 f.) Zumal mit Blick auf die Dynamik des Zeitablaufs erscheint ihre formale Erfassung nahezu ausgeschlossen. (Vergl. LEMPEN 20, 215 f.).

Schaubild 1 :
Systematik der Marktpolitik



3. Unternehmenspolitische Motive

Selektive Absatzpolitik dient einmal einer *Verbesserung der Vertriebskostengestaltung.*[22] Mittels Absatzsegmentrechnung wird die Erfolgswirksamkeit der Verkaufsbemühungen in den einzelnen Teil-Absatzsegmenten ausgelotet. Unergiebige Umsatzteile werden eliminiert.[23] Die selektive Absatzpolitik tritt somit einer umsatzverhafteten Unternehmensgesinnung entgegen,[24] eingedenk der Maxime "selling for profit rather than selling for volume".[25] Sie unterstellt das gesamte Vertriebsgeschehen der Order optimaler Gewinnerzielung.[26]

22 Zum Begriff der Vertriebskosten (anstelle vieler) FISCHER, Vertriebskostenrechnung, 4 f. und KÖRLIN 3282 f.

23 Die einzelnen Teil-Absatzsegmente (Produkte, Kundengruppen usw.) werden als Umsatz-, Kosten- oder Erfolgsträger behandelt. Man diagnostiziert ihren Anteil an der gesamten Vertriebskostenrechnung. Dieser Anteil wird der Umsatz- bzw. Gewinneffizienz des Teil-Absatzsegmentes gegenübergestellt. Die unterschiedlichen Erfolgsbeiträge bilden die Leitlinie solcher kostenorientierter selektiver Absatzpolitik. (Zur *Absatzsegmentrechnung* vergl. NIESCHLAG/DICHTL/HÖRSCHGEN 434 f., STEINER 68 f., GEIST, Selektive Absatzpolitik, 78 f., ders., Steuerung, 611 f., ders., Selektive Markterfassung, 1346 f.; andere Modelle beschreiben BEDNAR/HASENAUER 488 f.; vergl. endlich auch die Modellsysteme bei TIETZ, Marketing I, 1371 f. und HAX H., Modelle im Absatzbereich, in: Handwörterbuch des Rechnungswesens, Stuttgart 1970, 1168 f.).

24 Zu den Gründen der noch immer verbreiteten (falschen) Umsatzapologie z.B. LINNERT, Selektive Absatzpolitik, 50 und FISCHER, Vertriebskostenrechnung, 78.

25 COUNTANT F.R., Orderly Marketing for greater Profits, The Journal of Marketing, Vol. II, Oct. 1937, Nr. 2, 96.

26 Ausführlich LINNERT, Selektive Absatzpolitik, 49 f. und BEHRENDS 57 – Neben diesem Grundziel der langfristigen Gewinnmaximierung werden noch andere Globalziele wie die Bewahrung von Sicherheit und Unabhängigkeit angeführt. (Vergl. LEMPEN 10 und GEIST, Selektive Absatzpolitik, 69 f.).

Belangvoller als diese kostenorientierte Sicht[27] ist hier die *marketing- und kooperationspolitische Bedeutung* der Absatzselektion.[28] Wie bereits vermerkt,[29] erfordert der Wandel in den Vertriebswegen neue Funktionsverkettungen zwischen Produktion und Handel. Selektive Markterfassung ist nun offenkundig besser geeignet, derartige vertikale Marktordnungen zu erstellen als die vollständige Markterfassung, welche eine Ausschaltung systemwidriger Teil-Absatzsegmente verunmöglicht. Dies betrifft – worüber noch eingehend zu referieren sein wird – vor allem die Kundenauslese.[30]

Da selektiver Vertrieb nichts anderes als eine Form der Differenzierung innerhalb des Absatzsegmentes "Abnehmer" darstellt, ist diese Abnehmerselektion näher auszuführen.

27 Die kostengerichtete Betrachtung überwiegt im Schrifttum zur selektiven Absatzpolitik. (Vergl. – neben den fundamentalen Arbeiten von GEIST und HUNDHAUSEN – weiter TIETZ, Marketing I, 1357, BATZER/GREIPL/LAUMER 12, NIESCHLAG/DICHTL/HÖRSCHGEN 434 und STEINER 66 f.).

28 Schon früh wiesen amerikanische Autoren (BECKMAN/ENGLE, CLARK/CLARK) auf derartige Vorzüge der selektiven Absatzpolitik hin. (GEIST, Selektive Absatzpolitik, 25; vergl. auch LEMPEN 8 f.) Ausschliesslich die nicht-kostengebundenen Aspekte behandelt BERSUCH (134).

29 Vorn 36 f.

30 Hinten 113 f.

§ 3 Die Abnehmerselektion

I. Selektionskriterien und Selektionsprozesse

1. Die Abnehmerselektion in der Literatur

Bei der Abnehmerselektion stellt sich zunächst die Frage, welche *Auswahlgesichtspunkte* ihr überhaupt unterlegt werden können. Das Schrifttum beantwortet sie mit unterschiedlichem typologischem Erkenntniswert:

Eine Reihe von Autoren verzichtet auf jedwede Systematik und begnügt sich mit einer Aufzählung von Selektionsbeispielen. GEIST und andere etwa vollziehen eine Gliederung nach Jahresumsatz, Auftragsgrösse, Zahlungsmodus, Geschäftstyp und Wohnsitz der Kunden.[1] Ähnlich klassifiziert LINNERT nach Umsatzhöhe, Anzahl und Grösse der Aufträge, Domizil der Kunden, Besuchsrhythmus, Bonität der Kunden, Art der Abnehmer (Einzelhändler, Grosshändler, Industriebetriebe, Einkaufsvereinigungen, öffentliche Betriebe usw.).[2] LEHMPFUHL will die Eignung der Absatzmittler nach Grösse, Ausstattung, Ruf, Standort, Kundenkreis, Einzugsgebiet, Gestalt des Sortiments, fachlichem Können und nach Verkaufsmethode auskunden.[3] Überdies führt er die Auswahl nach Mindestumsätzen sowie die Quantitativselektion auf.[4]

1 GEIST, Selektive Absatzpolitik, 58; ihm folgt (im wesentlichen) TIETZ, Marketing I, 1357; vergl. weiter FISCHER, Vertriebskostenrechnung, 72.

2 LINNERT, Selektive Absatzpolitik, 59 – Auch die amerikanische Literatur behilft sich oftmals mit einer Exemplifikation von Auslesegesichtspunkten. PHILLIPS/DUNCAN (534) etwa nennen das Geschäftsvolumen, die Serviceanforderungen der Einzelhändler an Hersteller oder Grosshändler, die geringen einzelnen Verkaufsmengen, die Anzahl der retournierten Bestellungen, den Kreditstand und die Koperationsbereitschaft. (Vergl. ebenfalls das Beispiel bei BECKMAN/MAYNARD/DAVIDSON 627.).

3 LEHMPFUHL 32 f.

4 Ausdrücklich erwähnt er eine über die benachbarte Marktstufe hinausgreifende Händlerbeschränkung. (LEHMPFUHL 33).

ULMER[5] wiederum frägt sich, ob die Selektion nach "objektiven, sachlichen Kriterien" ablaufe oder ob noch "regionale oder persönliche Kriterien" mitspielten. In der Folge unterscheidet er zwischen selektivem Vertrieb über "Fachhändler" (ausgelesen nach Sortiment, Verkaufsraumausstattung, Kundendienstleistungen) und über (strengere Auswahlbedingungen erfüllende) "autorisierte" Händler.[6]

Ergiebiger ist der Beitrag von RITTNER.[7] Er hält – als erster um eigentliche Typisierung bemüht[8] – 5 Grundsachverhalte auseinander: Voran stellt er die marktstufenspezifische Selektion ("Beschränkung nach der Funktion des Abnehmers").[9] Bei der "Beschränkung nach dem Typ des abnehmenden Unternehmens"[10] werden marktstufengleiche Händler aufgrund ihrer Betriebsform und ihres Spezialsortiments ausgesondert. (Bsp.: Fachhandel, Apotheken, Drogerien) Auf das Domizil des Absatzmittlers soll die "regionale Beschränkung"[11] abstellen. Hiebei können innerstaatliche oder internationale Märkte segmentiert werden.[12] Als vierte Grundform nennt RITTNER die "Beschränkung

5 ULMER, Vertragshändler, 28 f.; wie er SCHENK/VÖLK 32 f.

6 Unter den Fachhändlern erfolgt eine zusätzliche Verminderung "auf einen oder wenige durch ihre besonderen Leistungen, ihre Geschäftsausstattung und ihren Ruf hervorgehobene Händler in jedem Bezirk...". (ULMER, Vertragshändler, 29).

7 RITTNER, Beschränkung, 198 f.; ihm folgen BELKE, Geschäftsverweigerung, 11 f. und MÜLLER-FEMBECK 3 f.

8 Ebenso GEIST, Selektive Absatzpolitik, 46, MÜLLER-FEMBECK 3 und BELKE, Geschäftsverweigerung, 11 f.

9 RITTNER, Beschränkung, 201.

10 RITTNER, Beschränkung, 201 f.

11 RITTNER, Beschränkung, 202.

12 Diesen drei ersten Selektionstypen ist gemeinsam, dass ihre Auswahl aufgrund von "generellen, objektiven Kriterien" erfolgt, während die beiden letzten "auf einer mehr subjektiven, für den Einzelfall getroffenen Entscheidung" gründen. (RITTNER, Beschränkung, 198).

nach Massgabe der 'Eignung' des Abnehmers für den Vertrieb".[13] Wie beim zweiten Typus wird nach Händlerqualifikationen ausgelesen, freilich nicht aufgrund einer Standardformel, sondern mit Individualprüfung jedes einzelnen Verteilers. Verbleibt endlich die "Beschränkung auf Alleinhändler"[14] : Die Auswahl wird quantitativ bis zum räumlich exklusiven Absatz vorangetrieben.[15]

MEYER[16] bringt eine Dreiteilung : Selektion nach Abnahmemengen, nach absatzpolitischen Funktionen sowie nach Art des Kundenkreises. Die funktionsgerichtete Auslese will er aufgrund der örtlichen Lage, der Betriebsform und des fachlichen Leistungsvermögens (Kundendienst, Kapitalkraft, Lagerhaltung) vollziehen.[17]

NIENS[18] dagegen sondert 2 grundlegende Prinzipien der Abnehmerbeschränkung: diejenige nach Form und diejenige nach Leistungsfähigkeit der Betriebe. Bei der ersteren unterscheidet er für die Grossistenstufe nach Spezial- oder Fachgrosshandel, Sortimentsgrosshandel und Cash and Carry-Betrieben ; für die Einzelhandelsstufe nach Fachgeschäften, Grossbetriebsformen und sonstigen Formen. Bei der Selektion nach der Leistungsfähigkeit sollen im einzelnen massgeblich sein : Umsatz, Sortiment, Lagerhaltung, Beratung, fachliches Können, Einsatzbemühungen, Standort, Bonität, Verkaufspersonal, Kundendienst und Service, Häufigkeit des Dekorationswechsels, Grösse von Verkaufs- und Lagerräumen, Ausstattung, Qualität der Ladenfront und Zahl der Schaufenster.

13 RITTNER, Beschränkung, 202 f.

14 RITTNER, Beschränkung, 204.

15 Ausserdem wird erkannt, dass die Auslese sich über mehrere Marktstufen fortpflanzen kann. (RITTNER, Beschränkung, 204 f.).

16 MEYER, Grundzüge, 55 f., ders., Vertrieb, 2019; an ihn lehnt sich KERN (118 f.) an.

17 Herausgestellt wird die Möglichkeit mehrstufiger Selektionssysteme. (MEYER, Grundzüge, 55).

18 NIENS 70 f.

BERSUCH[19] schliesslich differenziert nach Qualifikationen, nach Betriebsformen und nach Anzahl. Zum erstgenannten Auslesetypus führt er aus: "Die als Differenzierungskriterien gewählten Qualifikationen können aus sämtlichen Teilbereichen der Handelspolitik stammen. Entsprechend ist zwischen einer unterschiedlichen Behandlung nach der Preis-, Vertriebswege-, Konditionen-, Sortiments-, Kundendienst-, Werbe-, Warenqualitäts- und Präsentationspolitik der Handelsbetriebe zu unterscheiden."[20] Beim zweiten hängt die Eingliederung in die Absatzorganisation von der Zugehörigkeit zu der vorausgesetzten Handelsbetriebsform ab. Eine (zusätzliche) zahlenmässige Händlerbeschränkung soll die dritte Selektionsform vollbringen. Einer abgeschlossenen ersten Auswahlrunde (nach Qualifikation oder Betriebsform) wird eine zweite (quantitative) angefügt, die das Vertriebsnetz endgültig auf die gewünschte Dichte zurückbindet.[21]

2. Stellungnahme

a) Die aufgeführten Selektionskriterien

Dieser Blick in das Schrifttum zeigt die Mannigfaltigkeit der Auswahlprozesse und -gesichtspunkte auf. Zusammenfassend ergibt sich die folgende *Übersicht:*

1. Selektion nach Marktstufen
2. Selektion nach Abnahmemengen
   2.1. nach Jahresbestellmengen
   2.2. nach Bestellgrössen

19 BERSUCH 134 f.

20 BERSUCH 135.

21 Im weiteren sondert BERSUCH (139) zwischen "unmittelbaren" (d.h. vom Hersteller selber ausgeführten) und "mittelbaren" (d.h. von Mittelsmännern besorgten) Diskriminierungen. Ersichtlich meint auch er die selektionspolitische Umgreifung des gesamten Marktstufengefüges.

3. Selektion nach der finanziellen Leistungskraft
   3. 1. nach Zahlungsmodus
   3. 2. nach Bonität
   3. 3. nach Kreditstand
4. Selektion nach Betriebsform bzw. Geschäftstyp
5. Selektion nach qualitativen Vertriebseigenschaften
   5. 1. nach Grösse
   5. 2. nach Gesamtumsätzen
   5. 3. nach Einzugsgebiet
   5. 4. nach Ausstattung
   5. 5. nach Ruf
   5. 6. nach Standort
   5. 7. nach Kundenkreis
   5. 8. nach Sortiment
   5. 9. nach Verkaufsmethoden
   5.10. nach Kundendienst und Serviceleistungen
   5.11. nach Lagerhaltung
6. Quantitative Selektion

b) Systemgehalt und Problemsichtung

Der eben erzeigte Kriterienkatalog ist umfassend. Im einzelnen unterscheiden sich die Literaturbeiträge freilich erheblich ; einmal in Breite und Tiefe der aufgeführten Auswahlpraktiken, aber auch (und insbesondere) im ausgewiesenen Systemgehalt. Auffällig ist ein verbreitetes Defizit an der systematischen Erfassung sämtlicher Spielarten der Kundenbeschränkung.

Daneben vermisst man eine klare Ausmarchung und Durchdringung der einzelnen Selektionsphänomene. So wird die Differenzierung innerhalb der Marktstufenordnung meistenteils[22] übergangen, also unterstellt, die Auslese finde zwangsläufig unter Stufenkollegen statt. Vernachlässigt ist ferner das marktstufenspezifische Gepräge, obzwar man unschwer einsieht, dass Selektionsverfahren – der Funktionszuteilung im Absatzkanal wegen – auf

22 Ausnahme: RITTNER, Beschränkung, 198 f.

Gross- rsp. Einzelhandelsstufen unterschiedlich ausfallen können.[23] Unbeachtet bleibt weiter die Geschäftsverweigerung gegenüber Endverbrauchern. Nicht überall erkennt man auch die Auftrennung zwischen leistungsbezogener und nicht-leistungsbezogener Abnehmerbeschränkung, mithin die Frage, ob der Hersteller sein Distributionsnetz nach fachlichen Qualifikationen der Händler aufbaue oder ob er es darüber hinaus noch einmal zahlenmässig verdünne.[24] Nur vereinzelt wird endlich nach dem den Selektionsentscheiden vorangehenden Prüfungsmodus – Individualkontrolle versus Betriebsformdiagnose – gefragt.[25]

All dies ist daher ausführlicher zu erörtern.

3. Erscheinungsformen der Abnehmerselektion

a) Marktstufenspezifische Selektion

Jeder indirekt vertreibende Hersteller hat darüber zu befinden, *wieviele (und welche) Zwischenhandelsstufen* er in seinen Distributionsweg einschalten will.[26] Im "klassischen" 3-stufigen Kanal steht er insbesondere vor der Frage nach der Auslassung des Grosshandels.[27] Weil jeder Sprung über eine Marktstufe die konsequente Meidung dort angesiedelter Kunden bedeutet, stellt auch

23 Vergl. die vorbildliche Darstellung bei NIENS 70 f.

24 Vergl. etwa BERSUCH und LEHMPFUHL.

25 Insb. RITTNER, NIENS und BERSUCH.

26 Über den Begriff des indirekten Vertriebs vorn 33.

27 Vergl. auch RITTNER, Beschränkung, 198 f. – Zur Ausschaltung des Grosshandels HILL., Band 2, 80, KOCH, Grundlagen und Technik des Vertriebs, Band 2, 113 f., KOTLER 69 f., GEIST, Selektive Absatzpolitik, 11 f., LEITHERER 51 f., BIDLINGMAIER, Marketing, Band 2, 335 f., NIESCHLAG/DICHTL/HÖRSCHGEN 596 f., BERSUCH 193 f., ACKERMANN 148 f.

die stufengerichtete Beschränkung eine Spielform der Abnehmerselektion dar.[28] Ausschliessliches Auswahlkriterium ist die Handelsstufenzugehörigkeit.

b) Selektion auf Gross-/Einzelhandelsstufe

Die *Netzbeschränkung innerhalb ein- und derselben Marktstufe* mag unter Gross- oder unter Einzelhändlern stattfinden. Der formale Selektionsvorgang bleibt zwar unverändert ; indessen können *unterschiedliche Auswahlkriterien* Anwendung finden. Denn diese richten sich nach den zugewiesenen Aufgaben in der Warenverteilung. Einzelne Funktionen sind auf beiden Stufen gefragt.[29] Aller Regel nach aber verlangt die Konsumnähe dem Detaillisten einen umfangreicheren Absatzleistungskorb ab.[30] Entsprechend vielschichtiger gestaltet sich sodann die Qualitativselektion.[31]

c) Selektion unter Endverbrauchern

Im Direktvertrieb[32] stände dem Hersteller theoretisch die Möglichkeit offen, bestimmte Konsumenten nach bestimmten Gesichtspunkten (Alter, Religion, Klassenzugehörigkeit, Nationa-

28 A.M. BERSUCH (134, insb. Fn. 6), der die Abnehmerselektion nur zwischen "Unternehmen einer bestimmten Handelsstufe" vollziehen will ; ebenso SÖLTER, Universalvertrieb oder Selektivvertrieb, 303. - Wie hier dagegen RITTNER, Beschränkung, 198 f. und SÖLTER, Vertikale Kooperation, 428 ; vergl. auch SUNDHOFF, Absatzorganisation, 51.

29 Beispiele: Lagerhaltung, Kreditierung.

30 Man denke an Marketing-Pflichten wie Geschäftsausstattung, Warenpräsentation, Sortimentsgestaltung, Kundendienste, Konsumentenberatung usw.

31 Vergl. insb. die Gegenüberstellung bei NIENS 72 resp. 78 – Die Auswahl auf der Grossisten- tritt in der Praxis denn auch gegenüber derjenigen auf der Detaillistenstufe zurück. (Gl.M. offenbar LEHMPFUHL 33 und NIENS 71).

32 Zum Begriff vorn 33.

lität) vom Bezug seiner Waren auszuschliessen. Im Zeitalter der Massenerzeugung und der Käufermärkte bemühen sich jedoch Produzenten um die Eroberung unerschlossener, nicht um die Diskriminierung kaufwilliger Abnehmergruppen.

Immerhin sind *Fälle einer Endverbraucherselektion* denkbar. So können ausserordentliche Marktverhältnisse bei allgemeiner Warenverknappung eine Selbstbeschränkung nötig machen.[33] Vereinzelt untersagen auch gesetzliche Regeln den Vertrieb an jedermann.[34] Schliesslich erinnere man sich an jene körperschaftlichen Verkaufsorganisationen, die nach statutarischer Satzung nur Mitglieder bedienen dürfen.[35] Doch sind diese Beispiele absatzwirtschaftliche *Sondertatbestände.*[36] Die Konsumentenselektion wird daher im folgenden nicht weiter berücksichtigt.

d) Qualitative/quantitative Selektion

Bei der *qualitativen Selektion* wählt der Hersteller sich die Absatzmittler nach Kriterien aus, die mit der *Erbringung bestimmter Betriebsleistungen* in direktem oder indirektem Zusammenhang stehen.[37] Ziel ist die Verwirklichung eines einheitlichen Leistungsstandards im Netzinnern. Diese Selektionspolitik hält jedem Händler die Belieferung offen, sofern er nur den fachlichen Anforderun-

33 Vergl. GEIST, Selektive Absatzpolitik, 15 f., SÖLTER, Universalvertrieb oder Selektivvertrieb, 303 sowie die Ausführungen bei KUMMER, Begriff, 56 f.

34 Vergl. SÖLTER, Universalvertrieb oder Selektivvertrieb, 303; über staatlich diktierten Selektivvertrieb auch hinten 89.

35 Gemeint sind z.B. die erbaulichen Bücher- und Schallplattenringe.

36 Gleiches gilt für das von SUNDHOFF (Absatzorganisation, 51) vorgebrachte Beamtenkaufhaus.

37 Beispiele: Finanzielle Leistungskraft, Bezugsmengen, Betriebsgrösse, Standort, Ausstattung, Sortiment, Kundendienst, Lagerhaltung usw. (Einlässlich zur absatzwirtschaftlichen Bedeutung der einzelnen Selektionskriterien hinten § 6).

gen genügen kann und will.[38] Weil die Anzahl erfüllungsbereiter Abnehmer nicht im voraus feststeht, bleibt der endgültige Selektionsgrad ungewiss.

Die *quantitative Auswahl*[39] dagegen erstrebt eine *fixe, numerisch begrenzte Händlerschar.* Die Verteilungsdichte wird mithin ein "selbständiges Selektionskriterium",[40] das für überzählige Betriebe unmöglich zu erfüllen ist.[41] Distributionspolitisch soll einem unwirtschaftlichen Streuabsatz entgegengewirkt, die Umschlagsgeschwindigkeit erhöht[42] und die Prestigewirkung verstärkt werden.[43]

Die Quantitativselektion ist in der Praxis stets *Sekundärselektion.* In der ersten (qualitativen) Ausleseetappe bestimmt der Hersteller den fachlichen Standard seiner Absatzorganisation. Untaugliche Händler werden vorneweg ferngehalten.[44] Die zweite Selek-

38 Mit einem Akzept der herstellerischen Absatzvorstellungen entgeht ein jeder dem Lieferboykott.

39 Quantitative Selektion erwähnen (unter vielen) MESSER 378, HEFERMEHL 275, LEHMPFUHL 33, BERSUCH 136 f., MANN 50, TESSIN, Markenartikelvertrieb, 686, SCHRICKER 528, GRAUEL 486, DAVID 282, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 193, FRIGNANI 370.

40 BERSUCH 137; DAVID (282) spricht zu Recht von einem "Numerus-clausus-System".

41 "Erfolgt eine Selektion nach der Anzahl der Handelsbetriebe, so ist es für die diskriminierten Unternehmen technisch unmöglich, die Belieferungsvoraussetzungen zu erfüllen." (BERSUCH 139).

42 Durch Einräumung von Mindestverkäufen an Vertragswaren nach der regionalen Kaufkraft.

43 Ausführlicher zu den vertriebspolitischen Motiven der Quantitativbeschränkung hinten 108 f.

44 Niemand vermöchte einzusehen, wieso der Produzent bereits die *Primärselektion* ausschliesslich *quantitativ* anlegen sollte, riskierte er doch, seinem Absatznetz fachuntüchtige Stellen einzugliedern. – Auch die Literatur betrachtet die quantitative als eine die qualitative vervollständigende Auswahl. BERSUCH (137) bezeichnet sie als "Rahmen..., innerhalb dessen eine Auswahl getroffen wird." – Vergl. auch SCHRICKER 539, MANN 50 und den BMW-Entscheid 4.

tionsphase verwirklicht dann – unter Ausscheidung an sich vertriebsgeeigneter Kunden – die gewünschte Dichte des Verteilungsnetzes.

Die Grenzen zwischen der qualitativen und der quantitativen Beschränkung können fliessend sein. Werden die fachlichen Erfordernisse ausserordentlich hoch angesetzt, mag eine zahlenmässige Zusatzbegrenzung sich erübrigen. Andere Selektionsverfahren sind eindeutig durch das quantitative Element bestimmt.[45]

e) Selektion nach Betriebsform/mit individuellem Eignungstest

Kernproblem der Qualitativselektion ist allemal die Feststellung der Vertriebseigenschaften. Hiezu kann der Hersteller sich eines Prüfungsverfahrens bedienen, das alleinig auf die händlerische *Betriebsform*[46] abstellt.[47] Mit dieser formalen Zuordnung wird die Existenz rsp. Nicht-Existenz der gefragten Sachkunde unterstellt.[48] Sie erleichtert offenkundig den Selektions- und Kontrollaufwand,[49] birgt aber die Gefahr einer Unter- oder Überschätzung des tatsächlichen Leistungsvermögens. Der Wandel in den Vertriebswegen[50] hat die einheitlichen Strukturen innerhalb einer Betriebs-

45 Dies meint wohl die Kommission, wenn sie am Omega-Vertriebssystem bemängelt, dass ein grosser Teil der Einzelhändler, die die "objektiven Voraussetzungen ihrer Qualifikation erfüllen", vom Vertrieb ausgeschlossen sind. (1. Wettbewerbsbericht 70).

46 Übersichten über Betriebsformen des Handels z.B. bei HILL, Band 2, 78 f., BATZER/GREIPL/LAUMER 39, BIDLINGMAIER, Marketing, Band 2, 334 f., NIESCHLAG 169 f., KOCH, Grundlagen und Technik des Vertriebs, 121 f.; insb. zu den Einzelhandelsbetriebsformen MENTZEL 513 f.

47 Vergl. NIENS 71 f., RITTNER, Beschränkung, 201 f., BERSUCH 135 f.

48 Ähnlich RITTNER, Beschränkung, 204.

49 Dem Produzenten obliegt bloss die Bestimmung der einer vorgewählten Handelsbetriebsform zuzurechnenden Absatzstellen, z.B. die Einordnung als Spezialgrossist oder als Fachgeschäft. (Eingehend NIENS 71 f.) – Zur Kontrolle selektiver Vertriebssysteme im allgemeinen BERSUCH 156 f. und NIENS 91 f.

50 Vergl. vorn 35 f.

form aufgeweicht, von denen ein solcher Prüfungsmodus gerade ausgeht. Mitunter kann es schwerhalten, eine bestimmte Eigenschaft verbindlich der einen Betriebsform zu- oder der andern abzusprechen.[51] Zuverlässiger erscheint deshalb ein *individueller Eignungstest,*[52] der jede einzelne Vertriebsstelle vor deren Netzeingliederung untersucht.

Auch die beiden Verfahren zur Feststellung der Händlerqualifikationen können ineinander übergehen. Nicht selten definieren Hersteller die Voraussetzungen einer Betriebsformzugehörigkeit selber aus:[53] Sie umschreiben beispielsweise, welcher Detaillist als "Fachgeschäft" betrachtet werden kann.[54] Der standardisierte Ausleseprozess macht hier weithin einem individualisierten Platz. In der Tat läuft die "detaillierte Festlegung der Betriebsformenmerkmale... auf die Aufstellung eines Katalogs von Qualifikationen hinaus."[55]

Die beiden Prüfungsmethoden können zudem verkoppelt (in einem 2-stufigen Selektionsvorgang) Anwendung finden. Vorerst werden die belieferten (oder die ausgesperrten) Betriebstypen bestimmt. In einer zweiten Selektionsrunde müssen diejenigen Abnehmer ausscheiden, die zusätzlichen Anforderungen des Produzenten nicht genügen. Mit dieser doppelten qualitativen Auswahl wird sowohl eine homogene Betriebsformenstruktur wie ein einheitlicher Leistungsgrad erzielt.[56]

51 Näheres hinten 107 f.

52 BERSUCH (135) spricht von einer Differenzierung nach "Qualifikationen", NIENS (71) von einer solchen nach der "Leistungsfähigkeit". Beide Bezeichnungen sind verwirrlich, da es (unterschwellig) auch bei der Betriebsformauslese auf Qualifikation und Leistungsfähigkeit ankommt.

53 Halten sich sonach nicht an Typisierungen der Betriebswirtschaftslehre oder an Mitgliederlisten von Fachverbänden.

54 Vergl. die Beispiele bei NIENS 81 f.

55 BERSUCH 136.

56 Eine solche doppelte Qualitativselektion scheint auch dem "selektiven Vertrieb über autorisierte Händler" bei ULMER (Vertragshändler, 29 f.) und SCHENK/VÖLK (33 f.) zugrunde zu liegen. – Vergl. ebenso NIENS 72.

4. Zusammenfassung und Systematik

Ein *Überblick* über die nun verhandelten Formen der Abnehmerbeschränkung erbringt die nachstehende *Systematik der Auswahlkriterien und -prozesse:*

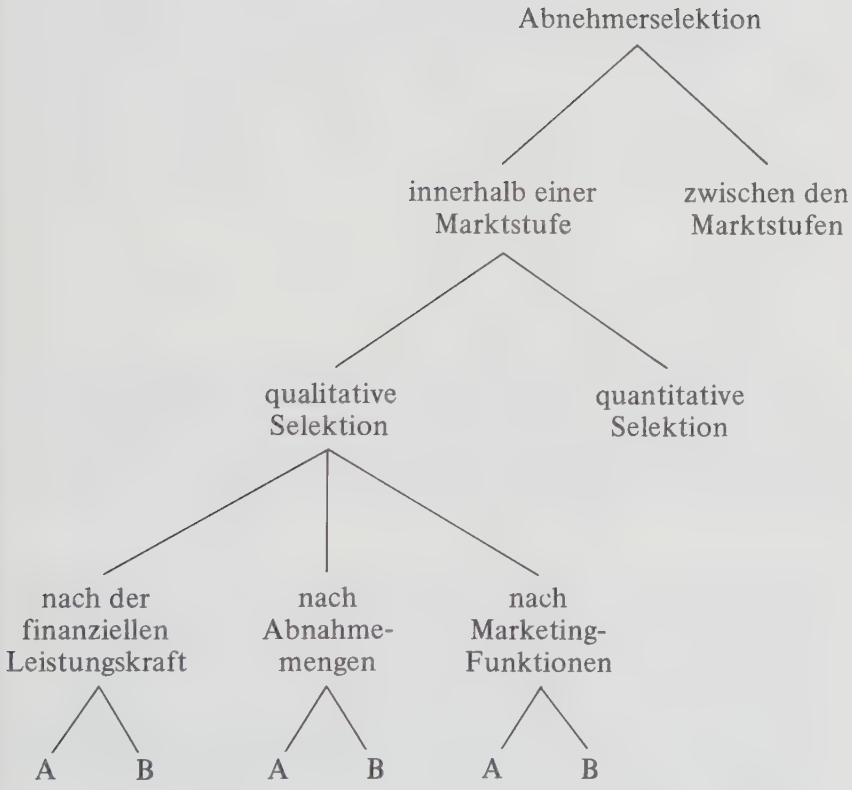
- Im Rahmen des Grundsatzentscheides zugunsten des indirekten Vertriebsweges ist die Anzahl der Zwischenhandelsstufen festzusetzen. (Marktstufenspezifische Selektion)
- Die Auslese unter funktionsgleichen Händlern kann ausschliesslich leistungsbezogen ausfallen (qualitative Selektion) oder (zusätzlich) auf eine vorbestimmte Verteilungsdichte abzielen (quantitative Selektion).
- Mannigfaltig sind die Selektionsbedingungen der qualitativen Auswahl. Die Aufnahme im Netz mag von der finanziellen Leistungskraft, von der Abnahmemenge oder von erfüllbaren Marketing-Funktionen abhängig gemacht werden.[57]
- Der fachliche Standard kann prüfungstechnisch auf zwei Wegen ermittelt werden: durch Zuordnung zu einer bestimmten Handelsbetriebsform oder durch Individualkontrolle jeder einzelnen Verteilerstelle.

  Im Schaubild:

57 Einzelheiten zum Kriterienkatalog hinten § 6.

Schaubild 2:

Systematik der
Abnehmerselektion



Feststellung der Vertriebs-
eigenschaften durch Individual-
kontrolle (A) bzw. durch Betriebs-
formzuordnung (B)

II. Selektionsformen

In der praktischen Durchführung der Selektionspolitik stellt sich dem Hersteller die Frage, in welcher Form die Auslese zu vollziehen sei.[58] Es geht mithin um das *Diskriminierungsmass.*[59] Denn eine Differenzierung innerhalb des Kundenkreises lässt sich auf verschiedene Weise abwickeln. Bislang ist stillschweigend die Geschäftsverweigerung (als Hauptfall der Selektion) unterstellt worden. Möglich sind indessen weitere Arten der Benachteiligung: die unterschiedliche Gestaltung des Leistungsaustausches sowie die Verlagerung von Absatzbemühungen.[60] Diese 3 Selektionsformen sind in der Rangfolge ihrer Intensität einander gegenüberzustellen.

1. Übersicht über die 3 Selektionsformen

a) Selektion durch Elimination[61]

Folgenschwerste Diskriminierung unerwünschter Nachfrager ist deren *Fernhaltung vom Vertriebsnetz mittels Liefersperre.*[62] Der Geschäftsverkehr wird ausschliesslich über die autorisierten Händler abgewickelt.[63]

58 Grundsätzlich gleich bleiben sich bei sämtlichen Selektionsformen die Auswahlkriterien. (Vergl. BERSUCH 145 f.).

59 Vergl. BEHRENDS 70.

60 Zwischen Geschäftsverweigerung und unterschiedlicher Leistungsaustauschgestaltung unterscheidet häufig auch das kartellrechtliche Schrifttum zu Diskriminierungsverboten. (Vergl. – für viele – BENISCH, Kommentar I, 46 f., SEEBAUER 22 f. und BELKE, Geschäftsverweigerung, 123 f.).

61 GEIST (Selektive Absatzpolitik, 72, ders., Steuerung, 609) redet von "Eliminierung von Teil-Absatzsegmenten", BEHRENDS (70) von "strikter Selektion" und BERSUCH (133) von "Belieferungsdifferenzierungs- oder Selektionspolitik".

62 Eingespielte Geschäftsverbindungen werden abgeschnitten, neue gar nicht erst angeknüpft. *(Nachträgliche/ursprüngliche Selektion).*

63 Vergl. TIETZ, Marketing I, 1370, BEHRENDS 70 f., STEINER 104 und GEIST, Selektive Absatzpolitik, 72 f.

b) Selektion durch Variation des Leistungsaustausches[64]

Hier bringen unerfüllte Auswahlbedingungen den Absatzmittler nicht schlechthin um die Bezugschance.[65] Sie verschlechtern bloss dessen Stellung im Leistungsaustausch[66] (verglichen mit derjenigen eines privilegierten Abnehmers). Sonderformen dieser *Differenzierung durch Leistungsstaffelung* sind die "Intensitätsselektion" (im Sinne von TIETZ)[67] oder die Zuweisung unterschiedlicher Beschaffungswege.[68]

64 Andere Terminologien: "Absatzleistungsdifferenzierung" (BERSUCH 134), "indirekte" Händlerausschaltung (GEIST, Selektive Absatzpolitik, 72, TIETZ, Marketing I, 1370), "relative Selektion" (BEHRENDS 72 f.).

65 Dem Händler verbleiben zwei Reaktionsmöglichkeiten: Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehungen unter Duldung der Diskriminierung in den Einkaufsbedingungen oder gänzlicher Verzicht auf die Anlieferung. Beide entsprechen dem Selektionskonzept des Herstellers.

66 Als *Beispiele* für die Kürzung von Herstellerleistungen sind die Verweigerung von Krediten und Rabatten, längere Lieferfristen, Verzicht auf absatzfördernde Massnahmen erwähnenswert. Die erhöhte Gegenleistung können ein angehobener Preis, ein Barzahlungsgebot, eine Mindestabnahmequote usw. ausmachen. (Vergl. BEHRENDS 74 f., BERSUCH 134, TIETZ, Marketing I, 1370 f., GEIST, Selektive Absatzpolitik, 72; zur Abgabepreisdifferenzierung (als wichtigste Selektionsform) ausführlich BERSUCH 146 f.).

67 Der Lieferant staffelt seine Leistungen und erbringt sie verschiedenen Abnehmergruppen in verschiedenem Umfange. Je nach der Intensität kann er etwa Betreuungskunden, Beratungskunden, Besuchskunden und Belieferungskunden auseinanderhalten. Die Wahlmöglichkeiten der Händler hangen davon ab, ob der Lieferant die Einordnung selber vornimmt oder sie ihnen anheimstellt. (TIETZ, Marketing I, 1371).

68 Den Selektionsanforderungen gewachsene Einzelhändler bedient der Produzent selber, die übrigen verweist er an den Grosshandel. Dieser wird für die Übernahme von Vertriebsfunktionen honoriert werden müssen, was selbstredend den Einstandspreis erhöht. (KOCH, Absatzpolitik, 110 f., BEHRENDS 73 f. und GEIST, Selektive Absatzpolitik, 73, insb. Fn. 4).

c) Selektion durch Verlagerung von Absatzbemühungen[69]

Sie besteht in der *"Konzentrierung der aktiven Absatztätigkeit auf erfolgsträchtige Kundengruppen..."*.[70] Alle Abnehmer können sich zu den nämlichen Bedingungen eindecken ; die Differenzierung erschöpft sich im Einsatz unterschiedlicher Akquisitionsbemühungen durch den Hersteller.[71]

2. Unternehmenspolitische Betrachtung der einzelnen Selektionsformen

Wiewohl die *Auslese durch Elimination* den Vorzug der Konsequenz[72] auf ihrer Seite hat, bringt sie eine Reihe von *Problemen.* Einmal ist sie deshalb immobiler, weil die ausgeschlossenen Vertriebsstellen – insb. nach Erschliessung neuer Bezugsquellen – sich bei veränderten Rahmenbedingungen nicht beliebig wieder dem Netz einverleiben lassen.[73] Ein fehlerhafter Eliminierungsentscheid kann unter bestimmten Marktverhältnissen[74] einen endgültigen Verlust des gemiedenen Händlers nach sich ziehen. Dazu gesellt sich ein höherer durchführungs- und kontrolltechnischer

69 Bei TIETZ (Marketing I, 1371, Marketing II, 318) ist von "Vernachlässigung von Kundengruppen" die Rede.

70 GEIST, Selektive Absatzpolitik, 74.

71 STEINER 104, BEHRENDS 73, GEIST, Steuerung, 609, ders., Selektive Absatzpolitik, 74.

72 Die belastenden Geschäftsverbindungen werden endgültig abgebrochen.

73 Vergl. den Fingerzeig von BEHRENDS (73) auf das *psychologische Moment :* "Selektions- und Exklusionsmassnahmen, die in strikter Form durch Abbruch oder Verweigerung der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen durchgeführt wurden, lassen sich in der Regel wegen der entstandenen Verärgerung der abgewiesenen Nachfrager nur schwer revidieren."

74 Insb. bei funktionstüchtigem Wettbewerb. Errichten aber beispielsweise ausgeprägte Käuferpräferenzen dem Hersteller eine marktstarke Position, wird der Händler kaum einen Nachfrageboykott auf Zeit vorziehen.

Aufwand. Um die Vertragswaren nicht über händlerische Kollegenlieferungen in die Hände der Gemiedenen geraten zu lassen, bedarf es eines geschlossenen Systems von Vertriebsbindungen.[75]

Anders die beiden "milderen" Selektionsformen: Sie brechen missliebige Kundenbeziehungen nicht schlechtweg ab. Dadurch erwahren sie sich bessere Chancen einer nachträglichen Anpassung des Auswahlverfahrens.[76] Auch gestaltet sich die Überwachung einfacher.[77]

Dennoch: Es entscheidet die unternehmenspolitische *Zielsetzung der Kundenbeschränkung.*[78] Ist sie *kostenwirtschaftlich* ausgerichtet, erscheinen die drei Praktiken grundsätzlich gleichwertig. Man mag die beiden weniger einschneidenden bevorzugen.[79] Keine Wahl hat hingegen der Produzent, der sich seine Abnehmer aus *marketing- und kooperationspolitischen Motiven* aussucht. Er will das Verteilernetz von Gliedern freihalten, die seinen Distributionsvorstellungen nicht entsprechen. Dies aber gelingt ihm nur

75 Zu dieser Absicherung der herstellerischen Auslesepolitik auf allen Marktstufen vergl. hinten 151 f.

76 Wiedereingliederungsprobleme können sich – analog der Selektion durch Elimination – allenfalls dann stellen, wenn der schlechten Bezugsbedingungen wegen eine Vielzahl der Händler von einem Einkauf beim Hersteller überhaupt absieht und auf Konkurrenzlieferanten ausweicht.

77 Vergl. BERSUCH 155.

78 Zu den unternehmenspolitischen Motiven der selektiven Absatzpolitik im allgemeinen vorn 45 f.

79 So offenbar BEHRENDS 73 und GEIST, Selektive Absatzpolitik, 73 – Letzterer scheint sich grundsätzlich für eine *Subsidiarität der Lieferverweigerungsselektion* auszusprechen: "Der offene Abbruch der Geschäftsbeziehungen wird von einem Unternehmer immer dann in Erwägung gezogen werden müssen, wenn die wirtschaftlichen Nachteile der Geschäftsverbindungen die aus ihr fliessenden Vorteile deutlich übersteigen und die Beziehung zum Kunden durch Änderung der Preisforderungen, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen nicht ergiebiger gestaltet werden kann." (GEIST, Selektive Absatzpolitik, 72; vergl. auch ders., Selektive Markterfassung 1348).

mit einer Geschäftsverweigerungsselektion.[80] Die beiden andern Formen können zwar Anreize zu systemgerechtem Verhalten schaffen. Bezugswillige Händler verbleiben aber in jedem Falle in der Absatzorganisation, gleichviel, ob sie sich den Herstellerwünschen beugen oder nicht.[81]

80 Vergl. auch KARTTE 57 – A.M. anscheinend BERSUCH. Er betrachtet die Form der unterschiedlichen Gestaltung des Leistungsaustausches als grundsätzlich geeignet, Einfluss auf die Absatzleistungen der Händler zu nehmen; er erkennt aber auch: "Die Wirkungsintensität der Abgabedifferenzierung ist regelmässig geringer als die der Belieferungsdifferenzierung, da die leistungsmässige Benachteiligung unerwünschter Handelsbetriebe nicht ausschliesst, dass diese die Erzeugnisse des diskriminierenden Herstellers weiterhin vertreiben. Eine den Wünschen des Produzenten entsprechende völlig homogene Gestaltung des Warenabsatzes an die Verbraucher wird daher kaum zu erreichen sein." (BERSUCH 144).

81 Vergl. auch die Klarstellung zum Begriff des selektiven Vertriebs hinten 68.

§ 4 Begriff des selektiven Vertriebs

I. Ausgangslage

"After a manufacturer has decided upon the general channels he will use, he then should determine the number of middlemen – the intensity of distribution – to be employed at the wholesaling and retailing levels in the channels."[1] Für die Begriffsbildung des Selektivvertriebs ist sonach auszugehen von der Bestimmung der Verteilungsdichte im indirekten Absatz.

Zur Verfügung stehen (abschliessend) *3 Varianten einer Kundenstreuung*:[2]

- Intensiver Vertrieb
  als Verkauf an einen unbegrenzten Abnehmerkreis mit Belieferung sämtlicher bezugsgeneigter Unternehmen
- Selektiver Vertrieb[3]
  als Verkauf an einen begrenzten Abnehmerkreis mit ausschliesslicher Belieferung der den Selektionsanforderungen gewachsenen Unternehmen
- Exklusiver Vertrieb
  als Verkauf an einen einzigen Abnehmer

1 STANTON 364; ähnlich die Fragestellungen bei BECKMAN/MAYNARD/DAVIDSON 619 und KOTLER 562; vergl. ferner MANN 49, OXENFELDT 400 und PHILLIPS/DUNCAN 532.

2 Diese Dreiteilung entspricht der in der amerikanischen Literatur üblichen Unterscheidung zwischen *"intensive distribution"*, *"selective distribution"* und *"exclusive distribution"*. (Vergl. KOTLER 562, STANTON 364 f., PHILLIPS/DUNCAN 532 f.; mit leicht abweichender Terminologie BECKMAN/MAYNARD/DAVIDSON 619 f. und BELL 451 f.) – Das deutschsprachige absatzwirtschaftliche Schrifttum hat eine solche Gliederung noch nicht durchgängig übernommen. LINNERT (Marketing, 334) etwa unterscheidet zwischen "breitgestreuter, selektiver und exklusiver Distribution" (ähnlich KARTTE 51), LEITHERER (56 f.) zwischen "Ubiquitätsprinzip", "Selektionsprinzip" und "Exklusivprinzip". Andere Autoren stellen einander "Universalvertrieb" und "Selektivvertrieb" gegenüber. (Vergl. BIDLINGMAIER, Marketing, Bd. 2, 332, MEYER, Grundzüge, 53 f. und SÖLTER, Universalvertrieb oder Selektivvertrieb, 303 f.). Anlehnend an das US-Schrifttum offensichtlich MEFFERT 397 und TIETZ, Marketing II, 297.

3 Zur genauen begrifflichen Ausdeutung hinten 67 f.

II. Begriff des selektiven Vertriebs in der Literatur

1. Das *amerikanische Marketing-Schrifttum* stellt für den Begriff des Selektivvertriebs durchgängig das Merkmal beschränkter Händlernetze heraus. So reden CLARK/CLARK[4] etwa von einer "restriction of sales to a limited number of middlemen within a market area", und STANTON[5] bezeichnet ihn als jene Absatzform, "in which the producer selects a limited number of wholesalers and/or retailers in a given geographic area."

2. Auch nach vorherrschender Lesart der *deutschsprachigen Literatur* kennzeichnet den "selektiven Vertrieb"[6] die Geschäftsverweigerung gegenüber unerwünschten Nachfragern. Schon SÖLTER[7] hat in seinem grundlegenden Aufsatz als seinstypisch hervorgehoben, "dass nur bestimmte Abnehmer bzw. Abnehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, beliefert werden." Nichts anderes meinen BENISCH[8] mit der "Beschränkung des Absatz-

4 CLARK F.E./CLARK P.C., Principles of Marketing, 1944, 268, zit. nach GEIST, Selektive Absatzpolitik, 25.

5 STANTON 364. Weitere Begriffsumschreibungen finden sich bei BELL 462, PHILLIPS/DUNCAN 532, BECKMAN/MAYNARD/DAVIDSON 626, KOTLER 563, LAZO/CORBIN 369, HOWARD 277; vergl. dazu die Definition der American Marketing Association. (American Marketing Association, "Report of the Definitions Committee", in: The Journal of Marketing, Vol. XIII, Oct. 1948, 215) - Daneben stösst man auch auf unnötig eingeengte Begriffsbildungen, wie eine Beschränkung auf die Einzelhändlerauslese (LAZO/CORBIN 369; ähnlich BELL 461) oder eine rein kostenwirtschaftlich orientierte Selektion (PHILLIPS/DUNCAN 532; ebenso SMITH G.C., Selective Selling as a Means of Reducing Marketing Cost, American Management Association, 1928, 2 und BECKMAN T.N./ENGLE H.N., Wholesaling, Principles and Practice, 549, beide zit. nach GEIST, Selektive Absatzpolitik, 18 rsp. 23).

6 Zuweilen wechselt die Terminologie: So sprechen SCHEUFELE (Selektive Distribution, 2) und LINNERT (Marketing, 97 und 334) – wohl in Anlehnung an die US-Bezeichnung – von "selektiver Distribution", LEITHERER (56) vom "Selektionsprinzip" und BERSUCH (133 f.) von "Belieferungsdifferenzierungs- oder Selektionspolitik".

7 SÖLTER, Universalvertrieb oder Selektivvertrieb, 303.

8 BENISCH, Diskriminierungsverbot, 546; gleich ders., Kommentar II, 59.

weges auf eine ausgewählte Gruppe von Absatzmittlern" oder MEYER[9]) mit der "bewussten Beschränkung der Abnehmerzahl im Handel."[10]

Eine abweichende Lehrmeinung führt im Rahmen der Begriffsbestimmung zusätzlich ein Element der Durchführung an. Danach ist – neben der Verteilerauslese – auch die vertragsrechtliche Absicherung des autorisierten Warenverkehrs arteigen. So bedient der Hersteller nach HEFERMEHL[11] im Selektivvertrieb nur "eine begrenzte Anzahl ausgewählter Gross- oder Einzelhandelsgeschäfte" und legt "bei Einschaltung des Grosshandels" seinen "Abnehmern die Verpflichtung auf, nur in bestimmte Absatzgebiete oder nur an bestimmte oder nach bestimmten Kriterien bezeichnete Einzelhandelsgeschäfte weiterzuliefern." Auf die Beigabe von Vertriebsbindungen stellen auch BELLAMY/CHILD[12] ab: "A system of selective distribution occurs where a manufacturer imposes on his distributors restrictions as to the persons to whom they may resell the contract products."

III. Stellungnahme, Verdeutlichung und Definition

1. All den aufgeführten Autoren ist darin beizupflichten, dass den Kerngehalt des selektiven Vertriebs die gewollte Beschränkung

9 MEYER, Grundzüge, 54; vergl. auch ders., Vertrieb, 2109.

10 Vergl. weiter die ebenfalls auf den Tatbestand der Kundenbegrenzung abgestützten Umschreibungen bei SCHENK/VÖLK 32, ULMER, Vertragshändler, 28f., BIDLINGMAIER, Marketing, Bd. 2, 332, PRÖBSTING 40, DAVID 282, GRAUEL 482, FRIGNANI 369 und MÜLLER 13f. – Ihnen allen schliesst sich auch die EG-Kommission an, wenn sie festhält: "Ein selektives Vertriebssystem begrenzt den Verkauf der Erzeugnisse auf der Verteilerstufe auf ausgewählte zugelassene Händler." (3. Wettbewerbsbericht 21) – Zu eng sind indessen Definitionen, die den Begriff einem bestimmten Selektionsinhalt vorbehalten wollen, wie REINHART (Vertikale Verträge, 192) dem Fachhandelsvertrieb oder SPORMANN (Europäischer Alleinvertrieb, 54) einer Verkettung von Depotsystem und Quantitativauswahl.

11 HEFERMEHL 275; sehr ähnlich MESSER 378 und VON DER GROEBEN, Handbuch, 107.

12 BELLAMY/CHILD 194; vergl. auch BAROUNOS/HALL/JAMES 55.

der belieferten Abnehmer durch den Hersteller ausmacht. In der Stringenz der Auswahl liegt er somit zwischen den beiden "Extrempolen" des intensiven und des exklusiven Absatzes.[13] Zu übernehmen hat man gleichfalls die einhellige (wenn auch stillschweigende)[14] Unterstellung einer Selektion durch Elimination. Die beiden andern Differenzierungsformen werden der marketing- und kooperationspolitischen Leitidee des selektiven Vertriebs nicht gerecht.[15]

Bezüglich der Adressaten der Geschäftsverweigerung ist klarzustellen, was nicht allenthalben deutlich wird :[16] Nicht jede Kundenauswahl stellt selektiven Vertrieb dar, sondern nur eine solche unter Wiederverkäufern. Der Boykott von Endverbrauchern ist ein ganz und gar anders gelagerter absatzwirtschaftlicher Sachverhalt.[17] Unter Händlern aber kann die Selektion auf allen Marktstufen stattfinden.

Hinzuweisen ist weiter auf die Bedeutung eines vorbestimmten Marktraumes als Bezugsgrösse für die Diagnose der Händlerstreuung.[18] Ob intensiver, selektiver oder exklusiver Vertrieb vorliegt, erweist nicht die Absatzstellenzahl als solche, sondern erst

13 "Between these two extremes is usually found a compromise that meets the requirements of both manufacturer and reseller. It may be called limited distribution." (BELL 462; ähnlich KOTLER 563 und NYSTROM P.H., Marketing Handbook, New York 1954, 269 f., zit. nach GEIST, Selektive Absatzpolitik, 30).

14 Keiner der aufgeführten Autoren erwähnt auch nur am Rande die Selektion durch Variation des Leistungsaustausches oder durch Verlagerung von Absatzbemühungen.

15 Vergl. vorn 62 f.

16 So etwa in der Definition bei SÖLTER, Universalvertrieb oder Selektivvertrieb, 303.

17 Vergl. die Beispiele vorn 54.

18 Ein Teil der US-Literatur nimmt zu Recht diesen räumlichen Bezug in die Definition des Selektivvertriebs auf. (Vergl. CLARK/CLARK und STANTON, vorn 66).

ihre Verbindung mit räumlichen Marktgrenzen. Je nach der Gebietsausmarchung kann die Zuordnung unterschiedlich ausfallen.[19]

Niemand wird schliesslich bestreiten wollen, dass die reine Händlerauslese zu einem lückenlosen Aufbau des autorisierten Verteilernetzes nicht hinreicht. In der Praxis ist eine zusätzliche vertragliche Sicherstellung des gewünschten Warenflusses unentbehrlich.[20] Kein Zwang besteht indessen, diese zivilrechtliche Ausgestaltung in den betriebswirtschaftlichen Terminus des selektiven Vertriebs aufzunehmen. Selektion (als absatzpolitischer Sachverhalt) und formale Durchführung sind für die Begriffsbildung auseinanderzuhalten.

2. Nach dieser Flurbereinigung gelangt man zur folgenden *Definition:*

Selektiver Vertrieb ist die vom Hersteller planmässig (auf einer oder mehreren Zwischenhandelsstufen) vollzogene Beschränkung des Absatzmittlerkreises in einem bestimmten Marktraum durch Ausschluss der die Selektionsanforderungen nicht erfüllenden Händler.

19 Beispiel: Ein amerikanischer Produzent setzt in jedem Mitgliedstaat der EG einen Absatzmittler ein. Unterstellt man die nationalstaatlichen Territorien als relevante Marktgebiete, liegt exklusiver Vertrieb vor. Betrachtet man die Distributionsordnung als gesamtgemeinschaftliche, ist selektiver Vertrieb anzunehmen.

20 Sehr eingehend darüber der 2. Teil der Untersuchung.

2. Abschnitt:

Selektiver Vertrieb und Marketing-Politik

Nach dieser Erläuterung der selektionspolitischen Grundlagen stellen sich Fragen nach dem *Platz des selektiven Vertriebs im Marketing-Instrumentarium.* Fürs erste sind (produkt-, unternehmens- und marktspezifische) Rahmenbedingungen eines solchen Absatzwegeentscheides auszumachen. Sodann interessiert dessen Durchführung, will heissen: die absatzwirtschaftliche Betrachtung der verschiedenen vom Hersteller praktizierten Auslesegesichtspunkte. Endlich wird im einzelnen abzuhandeln sein die Stellung der "Parteien" des Selektivvertriebs, diejenige des Produzenten und diejenige seiner Absatzmittler.

§ 5 Determinanten selektiver Vertriebssysteme[1]

I. Produktspezifische Determinanten

1. Die selektiv vertriebenen Produkte im Überblick

Charakter und Beschaffenheit der abzusetzenden Erzeugnisse beeinflussen jedwede Wahl der Distributionswege.[2] Selektiver Vertrieb freilich ist eine in besonderem Masse am angebotenen Markenartikel[3] ausgerichtete Absatzform.[4] Negativ eignet er sich nicht für Waren, die (vom Verbraucherbedarf her) eine hohe Vertei-

1 Die Unterscheidung nach *produkt-, unternehmens- und marktspezifischen Determinanten* folgt BIDLINGMAIER, Marketing, Bd. 2, 341 f.; ähnlich KOCH, Grundlagen und Technik des Vertriebs, Bd. 1, 80 f., MANN 64 f., WEINBERG 180 f. und LANGENKAMP 39; vergl. auch die Übersicht bei MEFFERT 392 sowie CINA 100 f.

2 So auch KOTLER 558 und BIDLINGMAIER, Marketing, Bd. 2, 341 – Zur Bedeutung der Produkteigenschaften im Vertrieb ausführlich SOHRMANN-LUGON 25 f. und KOCH, Grundlagen und Technik des Vertriebs, Bd. I, 80 f.; über die relevanten Eigenschaften im einzelnen RÜFENACHT 54, KOTLER 558 und BIDLINGMAIER, Marketing, Bd. 2, 341 f.

3 Selektive Systeme vertreiben aller Regel nach *Markenartikel.* (ULMER, Vertragshändler, 93 f. und SUNDHOFF, Absatzbindungen, 499; anders DÜESBERG 465) Dies ist aus Hersteller- wie aus Händlersicht begreifbar: Die Vertriebsform fordert spezifische Absatzleistungen. Solche zu erbringen sind die Marktpartner nur bereit, wenn sie zu einer *Individualisierung und Differenzierung* der Vertragswaren im Wettbewerb führen. Dem Konsumenten muss eine Zuordnung der präferierten Eigenschaften zur Marke ermöglicht werden. (Über diese Kennzeichnungsfunktion des Markenartikels TIETZ, Marketing I, 852, KOCH, Grundlagen und Technik des Vertriebs, Bd. 2, 217 f., DICHTL, Markenartikel, 20 f. und ALEWELL K., Markenartikel, in: HdAw, 1218 f.) – Daneben sind auch andere Eigenschaften des Markenartikels dem selektiven Vertrieb förderlich. (Beispiele: Gleichbleibende Qualität, gleichbleibende Aufmachung, Verbraucherwerbung, Anerkennung im Markt; vergl. MELLEROWICZ, Markenartikel, 21 f., NIESCHLAG 70 f., DICHTL, Markenartikel, 19 f. und KOCH, Grundlagen und Technik des Vertriebs, Bd. 2, 218 f.) *Anonyme Erzeugnisse* setzen sich hingegen schlecht über kooperative Händlernetze ab. (Gl.M. MÜLLER-FEMBECK 6 und ULMER, Vertragshändler, 94) Akquisition führte nämlich lediglich zur Produkt- statt zur Markentreue. (Zu dieser Unterscheidung LINNERT, Marketing, 89 f.).

4 Vergl. auch SÖLTER, Neue Vertriebswege, 523 f. und PRÖBSTING 40 f.

lungsdichte erfordern,[5] d.h. für die in hoher Frequenz nachgefragten Alltagsgüter (convenience goods).[5a]

Andere Produkte dagegen prägen den Selektionsvorgang, indem sie das den Umschlagsstellen abzuverlangende Verhalten (und damit die Auswahlkriterien) vorbestimmen. Diese Produktverfangenheit kann branchenweit einheitliche Absatzwege herausbilden.[6]

5 Über den Zusammenhang zwischen *Beschaffungshäufigkeit* und Vertriebsstellenstreuung LINNERT (Marketing, 104): "Es kann generell davon ausgegangen werden, dass der Vertriebsweg um so publikumsnäher orientiert sein muss, je höher die Einkaufsfrequenz des zu vertreibenden Artikels ist." – Auch nach MC NAIR/HANSEN (184 f.) gilt der Leitsatz: "... the less frequent the purchase... the more highly selective is the distribution." – Zur Bedeutung der langen Nutzungsdauer auch KERN 67 und WULLSCHLEGER 6 f.

5a Bei diesen "geringwertigen, meist problemlosen und standardisierten Massenerzeugnissen des täglichen Bedarfs" (ULMER, Vertragshändler, 101) kommt es dem Verbraucher weniger auf den beigegebenen Absatzleistungskorb denn auf eine möglichst *bequeme Bezugsgelegenheit* an. Der komfortable Standort des Händlers wird hier zum vordergründigen Kaufargument des Verbrauchers, die Überallerhältlichkeit zur Distributionsmaxime des Herstellers. (Vergl. WEBER 87 f., KOTLER 562, STANTON 364 f., MC NAIR/HANSEN 185, MEYER, Grundzüge, 54, BELKE, Geschäftsverweigerung, 13, MEFFERT 397, CINA 135 f., BECKMAN/MAYNARD/DAVIDSON 620, SÖLTER, Universalvertrieb oder Selektivvertrieb, 304, ders., Vertikale Kooperation, 427 und REINECKER 64; ähnlich im Zusammenhang mit dem Direktabsatz COLTZAU 26).

6 Meistzitiertes Beispiel ist der *Automobilabsatz:* Die vertriebenen Erzeugnisse sind in ausgeprägtem Masse wartungs- und reparaturbedürftig. Sie beanspruchen daher Pflege und Betreuung im Netz. Kundendienstleistungen und Einrichtungen erfordern einen ungewöhnlichen händlerischen Mitteleinsatz. Diese Anforderungen führten zu einem in Europa und Amerika nahezu einheitlichen Absatzsystem, geprägt durch einen hohen Selektionsgrad, umfangreiche Händlerbindungen und engste Sortimente. (Vergl. SCHMITT 82 f. und LANG 213; ausführlich weiter die Arbeiten von BUDCZIES, HILDEBRAND und VON BRUNN).

Die Hersteller vertreiben selektiv vor allem in folgenden Wirtschaftszweigen:[7]

- Kraftfahrzeuge
  (Automobile, Motorräder, landwirtschaftliche Maschinen usw.)
- Maschinen- und Apparatebau
  (Werkzeugmaschinen, Büromaschinen, Nähmaschinen; TV- und Radiogeräte sowie andere Apparate der Unterhaltungsindustrie)
- Feinmechanik und Optik
  (Uhren, Fotoapparate, optische Geräte usw.)
- Körperpflege
  (Parfums, Kosmetika usw.)
- Textilien und Schuhe (des gehobeneren Bedarfs)
- Hausratswaren und Möbel (des gehobeneren Bedarfs)
  (Porzellan, Bestecke usw.)

2. Die Produktegruppen im einzelnen

Da jedes dieser Erzeugnisse ein "Bündel verschiedener Eigenschaften"[8] darstellt, sind jene "typischen" Beschaffenheitsmerkmale herauszuschälen, die zu einer sorgfältigen Händlerauswahl anhalten. Alsdann kann man die 3 nachstehenden Warenkategorien auseinanderhalten:[9]

7 Vergl. auch ULMER, Vertragshändler, 95 f., SCHENK/VÖLK 35 und NIENS 41 f.; dazu Dokument 10030/IV/64 der EWG-Kommission (unveröffentlicht), teilweise wiedergegeben bei ULMER, Vertragshändler, 170.

8 KOTLER 558.

9 Viele Erzeugnisse weisen selbstredend mehrere dieser Beschaffenheitsmerkmale auf.

a) Problemgüter bezüglich der physikalisch-chemischen Eigenschaften

Die physikalisch-chemische Beschaffenheit entscheidet über so bedeutsame Faktoren wie Verkaufsfristen, Lagerbedingungen und Pflegebedarf. Zumal die *Verderblichkeit* der Ware macht entsprechende Vorkehren im Absatzkanal unerlässlich.[10] Als qualitätspolitische Massnahmen haben sie dafür zu sorgen, dass die Erzeugnisse den Endverbraucher in der ihnen vom Hersteller zugedachten Güte erreichen.[11] Im einzelnen ist Bedacht zu nehmen auf Verpackung und Zustellung (zur Gewährleistung der Bruchsicherheit),[12] auf fachkundige Lagerung (zum Schutze vor Licht, Feuchtigkeit oder Wärme)[13] sowie auf Betreuung und Herrichtung vor dem Verkauf.[14]

b) Problemgüter bezüglich der technischen Komplexität

Gleichfalls ist distributionspolitische Vorsorge des Herstellers angezeigt, wenn Pflege, Verwendung, Bedienung und Wartung nicht ohne weiteres aus dem Produkt selber sich ergeben.[15]

10 Die Verderblichkeit als produktspezifische Determinante erwähnen auch MANN 69 f., KOTLER 558, BIDLINGMAIER, Marketing, Bd. 2, 342, KOCH, Grundlagen und Technik des Vertriebs, Bd. 1, 81 und KERN 72 f. Vergl. ferner THURMANN 62 f. sowie CINA 107 f.

11 Vergl. RITTNER, Beschränkung, 202 und SCHENK/VÖLK 33.

12 So hält nach REINECKER (49) die Gewährleistung der Bruchsicherheit führende Unternehmen der Kosmetikbranche von der Belieferung von Versandhäusern ab, weil diese eine unbeschadete Zustellung nicht verbürgen können.

13 Zur qualitativen Lagerhaltung auch hinten 104.

14 Vergl. NIENS 41 f. und THURMANN 62 f.; einlässlich REINECKER 48 f.

15 Zur Bedeutung der "Gebrauchsfertigkeit" rsp. "Nichtgebrauchsfertigkeit" im Vertriebsweg ausführlich WIRTH 74 f. rsp. 78 f.; vergl. ebenfalls CINA 111 f.

Gemeint sind komplizierte technische Erzeugnisse,[16] bei denen erst zusätzliche Absatzleistungen (vor, während oder nach Verkauf) vollen Gebrauchsnutzen verbürgen.[17] Einige dieser Begleitdienste vermag zwar der Produzent (durch "vorverkaufende" Massnahmen)[18] selber zu erbringen,[19] der Grossteil muss indessen beim indirekten Vertrieb Aufgabe des Zwischenhandels bleiben.[20]

Dies betrifft einmal *erklärungs- und beratungsbedürftige* Vertragswaren.[21] Zu der engeren anwendungstechnischen Beratung gesellt sich dabei die Hilfe für die Produktewahl, wichtig bei individuellem Zuschnitt auf persönliche Verbraucherbedürfnisse und -erwartungen.[22] Einen solchen "Before-Sale-Service"[23] verlangen

16 ULMER (Vertragshändler, 97) spricht in diesem Zusammenhang von besonders "vertragshandelsgeeigneten" Waren. – Auf die gesteigerte Sorgfalt, die technisch komplizierte Güter im Vertrieb erheischen, verweisen weiter LEITHERER 57, SÖLTER, Vertriebsbindungen, 22, MELLEROWICZ, Alternativen zur Preisbindung, 198, MEYER, Grundzüge, 55 f., SUNDHOFF, Absatzorganisation, 32, SCHMITT, Schwerpunkte, 101, WINKEL 18 f. und WULLSCHLEGER 4 f. ;vergl. auch 3. Wettbewerbsbericht 22, 1. Wettbewerbsbericht 71 sowie den Junghans-Entscheid 14.

17 Der Verkaufsakt selber stellt sonach "nur ein Glied in der Kette einer langfristigen Beziehung zwischen Hersteller bzw. seinem Erzeugnis und der Kundschaft dar. Die 'Warenverteilung' ist nur ein kleiner Ausschnitt aus dem Gesamtkomplex der Kundenbeziehung." (SÖLTER, Vertriebsbindungen, 22).

18 So REINECKER 53.

19 Insb.: Gebrauchsanweisungen oder Anleitungen zur Vornahme einfacher Pflege- und Reparaturarbeiten. (Vergl. KONRAD 134 und REINECKER 53).

20 Einlässlicher zu den vom Handel besorgten Kundendienstleistungen hinten 125 f.

21 Sehr drastisch im Kontext SOHRMANN-LUGON (29 f.): "Ohne Gefahr zu laufen, einen voreiligen Schluss zu ziehen, dürfen wir behaupten, dass der Aufbau einer Vertriebsorganisation grundsätzlich vom Grad der Erklärungsbedürftigkeit der zu vertreibenden Ware bestimmt wird... Je erklärungsbedürftiger ein Produkt ist, ... umso mehr wird man von der Massen- und Zufallsstreuung zur Zielstreuung und individuellen Einzelbearbeitung der Nachfrager übergehen müssen." – Zur Erklärungsbedürftigkeit vergl. im weiteren KERN 56 f., SCHRICKER 535, REINECKER 52 f., MANN 68 f., NIENS 43 f. und MEYER C.W., Die Erklärungsbedürftigkeit von Waren als Problem der Vertriebsführung, ZfhF 1958, 210 f.

22 Anschaulich SCHRICKER 535 f.

23 Zum "Before-Sale-Service" hinten 126.

beispielsweise Investitionsgüter sowie umständliche Haushaltmaschinen und Apparate.[24] Ein leistungsfähiges Verteilernetz bauen sich auch Hersteller *wartungs- und reparaturbedürftiger* Erzeugnisse auf.[25] Denn mit der Störungsanfälligkeit wachsen die Anforderungen an die sie betreuenden Absatzmittler.[26] Händlerauslese soll mithin einen lückenlosen "After-Sale-Service" gewährleisten.[27]

c) Güter mit Exklusiv- oder Prestigewirkung

Schlecht im Streuvertrieb lassen sich Produkte mit Prestigecharakter absetzen,[28] also solche, die vorwiegend *gehobene Verbraucherschichten* mit elitärem Konsumprofil ansprechen. Sie sollen diesen bekanntlich einen *Zusatznutzen* durch Befriedigung ihres sozialen Differenzierungsbestrebens verschaffen.[29] Hohe Selektivität in den Vertriebskanälen wird aus zwei Gründen erstrebt: zum einen der "quantitativen" Exklusivität wegen, d.h. zur Schaffung des Bewusstseins, dass der Artikel nicht von jedermann an

24 Vergl. WINKEL 18 sowie die Beispiele schwach und stark erklärungsbedürftiger Artikel bei NIENS 45; zum Nähmaschinenabsatz im besonderen WULLSCHLEGER 4 und 98 f.

25 Ebenso MELLEROWICZ, Alternativen zur Preisbindung, 198, SCHENK/VÖLK 33, SCHRICKER 535 f., WINKEL 18 f., WULLSCHLEGER 5 und 100, KERN 70 f. und REINECKER 54 f.

26 Musterhaft namentlich der Automobilvertrieb. (Vergl. vorn Fn. 6).

27 Über den "After-Sale-Service" im einzelnen hinten 126 f.

28 Vergl. auch LEITHERER 57, RUPPMANN 77 f. und SCHMITT, Schwerpunkte, 102 – Als *Beispiele* nennt SCHRICKER (538): "Die Auswahl von Artikeln der Damenmode in der die Welt der Haute Couture wiederspiegelnden, durch die Verbindung mit dem Namen etwa eines berühmten Modeschöpfers sich legitimierenden Modeboutique; der Erwerb von Schmuck im Juweliergeschäft mit seiner charakteristischen Akkumulation von materiellen Schätzen und ästhetischen Werten; der Kauf hochwertiger kosmetischer Erzeugnisse in der Parfümerie mit ihren vielfachen Anregungen zur Prägung und Pflege des eigenen Erscheinungsbildes."

29 Darüber auch hinten 123 f.

jedem Orte bezogen werden kann[30] ; zum andern um der "qualitativen" Exklusivität willen, d.h. zur Schaffung eines besonderen Kauferlebnisses durch passende Geschäftsausstattung und Warenpräsentation.[31] Überflüssig ist zu betonen, dass sich mit dieser Verkaufsstrategie auch eine Politik der hohen Preise verbinden muss.[32] [33]

II. Unternehmensspezifische Determinanten[34]

1. Finanzkraft

Die Finanzkraft des Herstellers entscheidet über dessen Möglichkeiten, Distributionsaufgaben beliebig in eigener Regie zu bewältigen.[35] Kapitalarme Unternehmer sind gezwungen, sie mehrheitlich den Verteilern zuzuweisen und dadurch längere Absatzwege zu beschreiten.[36]

30 Meist findet eine zusätzliche quantitative Kundenbeschränkung statt. (Vergl. hinten 108 f.)

31 Vergl. NIENS 59 f., BERSUCH 164, SCHRICKER 536 und SÖLTER, Universalvertrieb oder Selektivvertrieb, 304; dazu die Ausführungen der Kommission im 3. Wettbewerbsbericht 22 sowie hinten 99 f.

32 Vergl. MC NAIR/HANSEN 184 f., BELKE, Geschäftsverweigerung, 13, WULLSCHLEGER 7 f. und den 1. Wettbewerbsbericht 71 – Über den Zusammenhang zwischen Preisniveau und Geltungsnutzen BERGLER 46 und WISWEDE 161 f.

33 Bezweckt der Hersteller vice versa eine Kehrtwende von der Luxusware zum Massenartikel, wird ein "Universalisieren des zwar selektiv betriebenen Absatzes" nötig. (SÖLTER, Neue Vertriebswege, 523).

34 Zu den unternehmensspezifischen Determinanten im allgemeinen CINA 118 f., BIDLINGMAIER, Marketing, Bd. 2, 342 f., KOCH, Grundlagen und Technik des Vertriebs, Bd. 1, 83 f., KOTLER 559 f. und MANN 71 f.

35 Vergl. REINECKER 59, LEITHERER 57, TRESCH 43 f., TIETZ, Marketing I, 1196, MANN 75, KOTLER 559, CINA 123, KOCH, Grundlagen und Technik des Vertriebs, Bd. 1, 83, BIDLINGMAIER, Marketing, Bd. 2, 343, LANGENKAMP 140.

36 Mit Blick auf die Marktstufenselektion drängt sich zumal die Einschaltung des Grosshandels auf. (Vergl. LINNERT, Marketing, 106 und KOCH, Grundlagen und Technik des Vertriebs, Bd. 1, 83 f.).

Selektivvertrieb selber steht – der starken Funktionsübertragung auf den Zwischenhandel wegen – zwar auch (und gerade) schwächeren Produzenten offen. Dennoch erlaubt Finanzstärke eine unabhängigere Ausgestaltung der vertikalen Marktordnung. Ohne Ausgliederungszwang kann der Hersteller die optimale Aufgabenzuteilung verwirklichen,[37] mit eigenen Absatzleistungen namentlich auch diejenigen der Händler anspornen und verbessern.

2. Leistungsprogramm

Impulse für die Vertriebswegewahl gehen weiter vom herstellerischen Leistungsprogramm aus.[38] Bestimmend ist die Abweichung (in Umfang und Zusammensetzung) von *konsumgerechten Sortimenten.*[39] Enge Angebotspaletten (Extremfall: Ein-Produkt-Hersteller) erfordern meist die Einordnung der Vertragswaren in passende Verteilersortimente.[40] Man versteht daher das Bemühen des Produzenten um Einflussnahme auf die händlerische Sortimentspolitik.

Im selektiven Vertrieb erleichtern abgerundete Leistungsprogramme die marketing-politische Steuerung der Absatzmittler.[41] Massgeblich ist hiebei der Anteil der Herstellerwaren an deren Gesamtsortiment.[42] So lassen sich etwa Bezugsbindungen (für

37 Ähnlich BIDLINGMAIER, Marketing, Bd. 2, 343; eingehend über die Finanzkraft als Bestimmungsfaktor der Kundendienstpolitik KONRAD 53 f.

38 Zum Begriff HILL, Bd. 2, 19; die US-Literatur spricht von *"product mix"*. (KOTLER 559).

39 Vergl. auch LANGENKAMP 140 und MANN 74.

40 Mitunter wird auch die Anlieferung des sortierenden Grosshandels nicht zu umgehen sein. (Vergl. TIETZ, Marketing I, 1196).

41 Über die Wechselwirkung zwischen Leistungsprogramm und Vertriebsweg KOTLER (559): "Je tiefer das Produktmix im Durchschnitt ist, umso mehr werden exklusive oder selektive Händler bevorzugt."

42 "Je geringer der Umsatzanteil ist, der beim Händler auf diese Ware entfällt, um so eher vermag er sich gegen Bindungen zu wehren, die ihm für seinen Betrieb nachteilig zu sein scheinen." (SUNDHOFF, Absatzbindungen, 504).

Fremdwaren) eher durchsetzen, wenn sie keine Lücken in den Händlersortimenten aufreissen.[43] Nichts anderes gilt für die Einflussnahme auf Geschäftsausstattung und Warenpräsentation. Schwerlich dürfte ein Händler bereit sein, entsprechende Bindungen für Nebenprodukte im Sortiment einzugehen.

3. Marketing-Konzeption

Den unmittelbarsten Niederschlag auf den Selektionsvorgang zeitigt die Marketing-Konzeption des Produzenten.[44] Wie man weiss, beschränkt dieser sich im selektiven Vertrieb gerade auf Händler, die für eine Verwirklichung seiner absatzwirtschaftlichen Vorstellungen einstehen.[45] Welches Marketing-Instrument er auch immer einsetzen will: stets bestimmt es Aufbau und vertragliche Ausgestaltung des Distributionsnetzes. Erstrebt er beispielsweise für Luxuserzeugnisse ein gehobenes Preisniveau, wird er aggressive Handelsbetriebsformen meiden.[46] Legt er Gewicht auf Qualitäts- und Kundendienstpolitik, liest er die Abnehmer nach Fachwissen und Leistungsfähigkeit aus und überbürdet ihnen gleichgerichtete marketing-politische Pflichten.[47]

43 Gl.M. ULMER, Vertragshändler, 99 f.

44 Diese vertriebspolitische Determinante führen auch KOTLER 559 f. und WEINBERG 180 an; anschaulich insb. BIDLINGMAIER, Marketing, Bd. 2, 342 f.

45 Vergl. vorn 38; Einzelheiten hinten 113 f.

46 Vergl. KOTLER 560.

47 "So kann es sich z.B. zur Wahrung eines bestimmten Qualitätsstandards als notwendig erweisen, die Produkte selektiv nur über solche Handelsunternehmungen zu vertreiben, die nach Grösse, Ausstattung, Übernahme von Serviceleistungen usw. gewissen Mindestanforderungen genügen. Es ist sicherzustellen, dass die Produktvorstellungen des Herstellers am 'point of purchase' auch realisiert werden." (BIDLINGMAIER, Marketing, Bd. 2, 343) – Vergl. ebenfalls MANN 74 und KOTLER 559; ausführlicher zu den einzelnen marketing-politischen Auswahlkriterien und Bindungsinhalten hinten 95 f.

4. Marktgeltung

Als letzter unternehmensspezifischer Bestimmungsfaktor ist die Marktgeltung der Vertragsware aufzuführen.[48] Sie wurzelt erfahrungsgemäss in ausgeprägten (die Nachfrageelastizität herabsetzenden) Bindungen des Verbrauchers an eine berühmte Marke. Derartige Käuferpräferenzen können den Handel in eine *"sortimentsbedingte Abhängigkeit"*[49] bringen. Der Bekanntheitsgrad macht die Herstellerwaren zu unverzichtbaren Bestandteilen des Sortiments.[50] Fehlen sie, wird "das Unternehmen des Abnehmers insgesamt in den Augen seiner Kunden mit einem erheblichen Makel belastet."[51]

Jedermann begreift, dass solche Sortimentszwänge dem Hersteller die Einrichtung eines selektiven Vertriebssystems erleichtern. Die drohenden Wettbewerbsnachteile bei Boykott zwingen die Verteiler, sich seinem absatzwirtschaftlichen Diktat zu beugen.[52] Marktgeltung baut somit den Widerstand in den Distributionsnetzen ab. Händler suchen auch deshalb Teilhabe am Produzentengoodwill, weil der Konsument gern von der Güte des Produkts auf die der Absatzstellen schliesst.[53]

48 Dazu auch MANN 78, LEITHERER 57 und BIDLINGMAIER, Marketing, Bd. 2, 343 f.; für den exklusiven Vertrieb WINKEL 29.

49 BAUR, Diskriminierungsverbot, 56; vergl. ebenfalls LANGEN/NIEDERLEITHINGER/SCHMIDT 566 und ULMER, Diskriminierungsverbot, 664.

50 Dies betrifft regelmässig den Grosshändler noch stärker als den Einzelhändler. (So – mit näherer Begründung – ULMER, Diskriminierungsverbot, 664).

51 FISCHÖTTER 393; vergl. zu dieser Abhängigkeit von berühmten Marken – im Zusammenhang mit dem deutschen Diskriminierungsverbot – weiter BENISCH, Kommentar II, 54 f., BAUR, Diskriminierungsverbot, 56 f., RIESENKAMPFF/SAUER 72 f., LANGEN/NIEDERLEITHINGER/SCHMIDT 566 f. und ULMER, Diskriminierungsverbot, 664.

52 "Für Unternehmen mit hoher Marktmacht bereitet es keinerlei Schwierigkeiten, leistungsfähige Absatzmittler zu relativ günstigen Konditionen in die Handelskette einzuschalten, da der Handel geradezu 'gezwungen' ist, die von den Abnehmern präferierten Erzeugnisse im Sortiment zu führen." (BIDLINGMAIER, Marketing, Bd. 2, 343) – Gl.M. auch ULMER, Vertragshändler, 99 f. und MANN 78.

53 SCHENK/VÖLK 34 und ULMER, Vertragshändler, 154 rsp. 160; umgekehrt MÜLLER-FEMBECK 6.

III. Marktspezifische Determinanten

1. Die Verhältnisse auf den einzelnen Wirtschaftsstufen

a) Herstellerstufe

Absatzwegeentscheidungen werden einmal von *Marktform und Wettbewerbsverhältnissen* auf der Erzeugungsstufe beeinflusst. Keinerlei Mühen bereitet die Händlerauswahl einem Produzenten, der als Monopolist oder Teil-Monopolist auftreten kann.[54] Dies ändert sich alsgleich bei wachsendem Konkurrenzdruck. Ausgeprägter Herstellerwettbewerb kann den Aufbau eines selektiven Vertriebsnetzes erschweren.[55] Denn der Handel ist weniger auf den einzelnen Hersteller angewiesen, solange gleichwertige Alternativbezugsstellen offenstehen. Vor allem wird die Aufbürdung vertraglicher Pflichten auf Gegenwehr stossen, weil eben (auch) "Bindungskonkurrenz" mit andern Herstellern spielt[56] und die Abnehmer auf "unbelastete" Erzeugnisse auszubiegen vermögen.

Von besonderem Interesse ist in diesem Zusammenhang der *Vertriebswegewettbewerb*, der die Produzenten – in extremis – vor

54 Ebenso MANN 91 – Zu wiederholen bleibt, dass solche Marktmacht auch auf "Meinungsmonopolen" fussen, d.h. durch hochgradige Käuferpräferenzen und unelastische Nachfrage hervorgerufen sein kann. (Vergl. die vorgehenden Erläuterungen über die Marktgeltung... ; pointiert zum nachfragerorientierten Verständnis der marktbeherrschenden Stellung SCHEUFELE, Selektive Distribution, 8 f.).

55 Vergl. GEIST, Selektive Absatzpolitik, 75 und MANN 94 – Dem sei freilich beigefügt, dass selektiv durchaus auch auf *konkurrenzintensiven Märkten* vertrieben wird. Kooperative Vertriebskanäle mit ausgewählten Händlern können Herstellern – nach gelungenem Aufbau – gerade die Austragung solchen Wettbewerbs erleichtern. (Vergl. im Zusammenhang MÜLLER-FEMBECK 6 f. und ULMER, Vertragshändler, 29).

56 "Für vergleichbare Waren kann dann der Gesichtspunkt der Bindungskonkurrenz Bedeutung erlangen; der Händler entscheidet sich für die Fabrikate, für welche die Bindungen ihm am ehesten tragbar erscheinen, oder er akzeptiert die Absatzbindungen nur, wenn ihm kompensatorische Vorteile zugesichert werden." (SUNDHOFF, Absatzbindungen, 504).

die Alternative stellt: Anlehnung an den brancheüblichen Absatzkanal[57] oder innovativer distributionspolitischer Einzelgang.[58] Wie die Rechtstatsachen lehren, begegnet man dem Selektivabsatz auffallend in bestimmten charakteristischen Wirtschaftszweigen.[59] Selektiv vertreibende Unternehmen scheinen sich sonach – wohl auch aus produktorientierten Erwägungen – meist an den branchegängigen Verteilerkanal zu halten.[60]

b) Zwischenhandelsstufen

Der auf Qualitätspolitik bedachte Hersteller muss sich allererstens fragen, ob er im betreffenden Marktraum das geforderte fachliche Können der Händler vorfinde.[60a] Das Problem wird etwa praktisch, wenn technologische Neuheiten an der Absatzschwelle stehen[61] oder unbekannte Gebiete mit niederem Entwicklungsstand erschlossen werden sollen.[62]

57 Oftmals hat sich ein *branchentypischer Vertriebsweg* herausgebildet. Davon abzuweichen kann dann nicht gefahrlos sein, wenn sich Verbrauchergewohnheiten stark an dieser Absatzform ausgerichtet haben. (Vergl. REINECKER 64 f., KOCH, Grundlagen und Technik des Vertriebs, Bd. 1, 85 und MANN 94 f.) – Auf die Vertriebswege der Konkurrenz als Bestimmungsfaktor deuten auch HILDEBRAND (155) und LANGENKAMP (140) hin.

58 Vergl. KOTLER 559, TIETZ, Marketing I, 1195, BIDLINGMAIER, Marketing, Bd. 2, 342; mit Beispielen KOCH, Grundlagen und Technik des Vertriebs, Bd. 1, 85 und REINECKER 64 f.

59 Vergl. die Übersicht vorn 77.

60 Die Grenzen zwischen den beiden Bestimmungsgründen sind fliessend. Ein Absatzkanal kann sich deshalb branchenweit eingespielt haben, weil er sich aus warenspezifischen Gründen aufdrängt.

60a Dies dürfte im Regelfall keine Mühen bereiten für den Absatz "konventioneller" Erzeugnisse auf Märkten der industrialisierten Welt.

61 Vergl. MANN 96 f. und REINECKER 65.

62 Fehlt eine hinreichende Zahl leistungsfähiger Absatzstellen, steht nurmehr der Direktvertrieb offen. Gelegentlich mag der Ausbau des ungenügenden Distributionsnetzes in Frage kommen. (Vergl. REINECKER 65).

Von Belang sind ebenfalls die *Handelsstrukturen* eines Marktes.[63] Die Einführung selektiver Vertriebssysteme gestaltet sich leichter auf Märkten, die wohlausgebaute Distributionskanäle aufweisen.[64] In solchen durchstrukturierten Absatzgebieten kann sich der Hersteller im Aussenhandel mit der Anlieferung eines (über ein einsatzbereites Netz verfügenden) Importeurs begnügen. Damit entfällt der eigenverantwortliche Aufbau der gesamten Vertriebsorganisation.[65]

Selbst gut eingespielte Verteilerketten nützen allerdings wenig, wenn sie dem Hersteller verschlossen bleiben. Newcomers haben daher beim Marktzutritt das *Vertragsbindungsgefüge* auf den Zwischenhandelsstufen in Rechnung zu stellen. Freie Händlerauswahl hält namentlich dann schwer, wenn Absatzstellen grossteils mittels Exklusivbezugspflichten abgebunden, die geeigneten Kanäle also durch straffe Vertikalordnungen der Konkurrenz verstopft sind.[66]

c) Endverbraucherstufe

Massgebender Marktfaktor ist natürlich die Zahl potentieller Konsumenten.[67] Hohe *Verbraucherziffern* rufen nach einer angemessenen Distributionsdichte und schliessen Absatzsysteme mit rigorosem Selektionsgrad aus.[68] Viel hängt auch von der räum-

63 Für den Vertrieb im Gemeinsamen Markt LANGENKAMP 141 f.

64 Ähnlich MANN 97.

65 Vergl. hierüber auch die Darlegungen zum selektiven Vertrieb im Export hinten 90 f.

66 Zur wettbewerbsrechtlichen Bedeutung solcher versperrter Stufenmärkte hinten Bd. 2, 147 f.

67 Ebenso BIDLINGMAIER, Marketing, Bd. 2, 342, REINECKER 74, KOTLER 557 und MANN 81 f.; vergl. auch CINA 141 f.

68 Allermeist wächst auch die Zahl der eingeschalteten Handelsstufen. (MANN 82).

lichen Verteilung des Kundenkreises ab.[69] Ballungszentren der Nachfrage verlangen einen grösseren Vertriebsaufwand und demzufolge eine breitere Händlerpräsenz.[70] Der Hersteller wird zudem die soziale Schichtung eines Marktes[71] und die Einkaufsgewohnheiten des Zielpublikums[72] beachten müssen.

2. Die staatliche Gesetzgebung

In Wettbewerbswirtschaften schliesst die verfassungsmässig garantierte Vertragsfreiheit grundsätzlich auch Absatzgestaltungsfreiheit ein, d.h. eine beliebige Abnehmerbeschränkung (als Ausfluss der Partnerwahlfreiheit) und eine beliebige vertragliche Steuerung des Netzes (als Ausfluss der Inhaltsfreiheit).[73] Dennoch ist die Gesetzgebung als "Ordnungsfaktor"[74] die bedeutungsvollste ausserhalb von Produkt, Unternehmen und Markt (im engeren Sinne) stehende Determinante des Selektivvertriebs.[75]

69 TIETZ, Marketing I, 1196, KOTLER 557, REINECKER 74, BIDLINGMAIER, Marketing, Bd. 2, 342.

70 Zum andern können Händler ohne Zugang zu diesen Nachfragezentren aus dem Vertriebsweg entfernt werden. Diesfalls wird der (regionale) Standort zum bestimmenden Selektionsgesichtspunkt. (Dazu hinten 97).

71 Angehörige hoher Einkommensklassen verfügen über eine grosse Kaufkraft und entwickeln *elitäre Konsumbedürfnisse*. (Vergl. – für den Nähmaschinenabsatz – WULLSCHLEGER 21 f. sowie CINA 147 f.; über die Hierarchie der Bedürfnisse im besonderen SCHERHORN, Verbraucherinteresse, 7 f., anlehnend an MASLOW A.H., Motivation and Personality, New York 1953, 81 f.).

72 Gl.M. LANGENKAMP 153 f. und HILDEBRAND 155; eingehend wiederum CINA 152 f.

73 Über Vertriebsgestaltungs- rsp. Vertragsfreiheit und Wettbewerb vergl. hinten 302 f.

74 RÜFENACHT 54.

75 Als weitere Einflussgrösse wird die *konjunkturelle Lage* erwähnt. (KOTLER 560) – Über die konjunkturindifferenten Vorzüge der Händlerauslese im besonderen SCHLUEP, AVV I, 17 (mit weiteren Nachweisen); vergl. ebenfalls WEIL 293.

Vorab ist die Möglichkeit direkter staatlicher Selektionsweisungen anzuzeigen. Man erinnere sich etwa an die Ordnung des Heilmittelmarktes, die (aus gesundheitspolizeilichen Gründen) dem Produzenten vorschreibt, welche Händler er mit welchen Pharmazeutika beliefern darf.[76] Solche Vertriebswegenormen sind – weil ordnungspolitisch systemwidrig – ausgesprochene Sonderfälle.

Wichtiger ist die indirekte Beeinflussung von distributionspolitischen Entscheiden durch eine Reihe von wirtschaftsrechtlichen Erlassen. Für den Selektivvertrieb von herausragender Bedeutung sind die (nationalen und supranationalen) *Gesetze gegen Wettbewerbsbeschränkungen.*[77] Geschäftsverweigerung und Vertragshandelsbindungen entfachen eine Vielzahl von Konkurrenzstörungen (für Beteiligte wie Dritte).[78] Kartell- und Monopolrechte haben nun darüber zu wachen, dass der Wettbewerb im Absatzbereich nicht durch solche Privatvorkehren beseitigt wird. Die europakartellrechtlichen Schranken der Vertriebsgestaltungsfreiheit werden später[79] im einzelnen aufzuzeigen sein.

Auch das nationale *Lauterkeitsrecht* kann die vertikale Intervention beeinflussen. Mit Blick auf den selektiven Vertrieb interessiert vornehmlich die Frage, ob die Verletzung von Warenlaufbindungen einen Wettbewerbsverstoss darstelle. Bejaht man sie, wird Errichtung und Aufrechterhaltung autorisierter Absatzorganisationen durch zusätzlichen lauterkeitsrechtlichen Schutz erleichtert.[80]

76 Zum Heilmittelvertrieb in der Schweiz vergl. die Erhebung der Kartellkommission in VSKk 1966, 224 f. und WÜST F., Die Interkantonale Vereinbarung über die Kontrolle der Heilmittel vom 16. Juni 1954, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsstellung, Organisation und Aufgaben der Interkantonalen Kontrollstelle für Heilmittel (IKS), Diss. St. Gallen, Bern 1969.

77 Vergl. die Hinweise bei TIETZ, Marketing I, 1194, MANN 105 f., KOTLER 560 und REINECKER 83 f.

78 Die Wettbewerbswirkungen des selektiven Vertriebs sind einlässlich auseinandergesetzt hinten 263 f.

79 Im 4. Teil.

80 Vergl. zum Problem hinten 242.

Schliesslich sind *umsatzsteuerrechtliche* Rahmenbedingungen erwähnenswert. Sie könnten allenfalls die Marktstufenselektion beeinflussen, falls sich durch vertikale Vorwärtsintegration steuerliche Einsparungen erzielen lassen.[81] Mit der Einführung des wettbewerbsneutralen Mehrwertprinzipes in den meisten europäischen Staaten[82] erfolgte freilich eine steuerliche Gleichstellung der einzelnen Typen[83] selektiven Vertriebs.

3. Insb.: Der selektive Vertrieb im Export

Die für jeden Hersteller im Aussenhandel anfallenden Sonderprobleme wurzeln in der grösseren *Distanz zwischen Produktion und Konsum.* Sie erschwert den Brückenschlag zum Verbraucher[84] und verumständlicht den Warenfluss.[85] Kommt hinzu die "mentalitätsmässige Entfernung zu den Exportmärkten"[86]: Der ausländische Konsument hebt sich in Geschmack oder Einkaufsgewohnheiten oftmals vom inländischen ab.

Trotz alledem kann der Hersteller auf Absatzpflege in Fremdgebieten nicht verzichten. Fehlt ihm die erforderliche Markterfahrung,[87] bedarf er dazu der Dienste kooperationsbereiter Abneh-

81 Für das alte deutsche Allphasensystem MANN 103 f. und REINECKER 87 f.

82 Vergl. – für die EG-Länder die Richtlinie Nr. 67/227 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuer.

83 Dazu hinten 229 f.

84 Näheres zur Informationsproblematik bei AMMANN 92 f.

85 Längere Transportwege, Grenzübertritt usw.

86 AMMANN 89.

87 Aufschlussreich ist im Kontext die Tatsache, dass distributionspolitische Vertragsbindungen ihren Ursprung im Exporthandel haben. (Vergl. SOHRMANN-LUGON 10 f., ULMER, Vertragshändler, 167 sowie die noch immer lesenswerten Ausführungen von HINTERMANN (111 f.) über den "Konzessionär" als Absatzmittler im Uhrenvertrieb zu Beginn dieses Jahrhunderts).

mer.[88] Den (indirekten) Exportvertrieb kennzeichnet somit eine *vermehrte Ausgliederung absatzwirtschaftlicher Funktionen* auf den Zwischenhandel.[89] Man denke nur an die Marktbeobachtung und -forschung oder an die Werbepolitik, die beide ein ortskundiger Abnehmer weit besser besorgt als ein entlegener Produzent.[90] Auf die Mithilfe einheimischer Händler kann in besonderem Masse angewiesen sein, wer zur Erschliessung ausländischer Märkte sich erst anschickt. Solchen Neuankömmlingen geht regelmässig keine Verkehrsgeltung ihrer Waren voraus.[91] Umso bedeutsamer wird alsdann die Markteinführungsarbeit des Verteilers.[92]

Diese Wesensmerkmale des Aussenhandelsabsatzes prägen den Selektivvertrieb auf Exportmärkten. Die Händlerauswahl ist – namentlich auf der 1. Stufe – vom erhöhten Anforderungsprofil vorgezeichnet. Beliefert wird nur, wer die nötige Marktbetreuung gewährleistet. Entsprechend hoch fällt der Selektionsgrad unter Importeuren aus.[93] Die Funktionsverschiebung schlägt sich auch

88 Zur Kooperation im Export KNOBLICH 513, SIEMANN 626 f. und WULLSCHLEGER 127 f.

89 Vergl. MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 326, GNEHM 134 f., SOHRMANN-LUGON 10 f. und HINTERMANN 111 f.

90 Ebenso MAYERLE 32 f., WADUSCHAT 1032 f., WINKEL 19 f., ULMER, Vertragshändler, 177, HINTERMANN 113 – Die Marktkenntnisse gestatten dem Händler oftmals wertvolle Anregungen über Produkt- und Preispolitik. (Vergl. hier auch FISCHER, Konzentration, 181, RASCHKE 207, WULLSCHLEGER 32 und SCHULTE MÄTER 7).

91 DÜESBERG 468, WINKEL 19, ULMER, Vertragshändler, 169.

92 So insb. die verbreitete betriebswirtschaftliche Rechtfertigung des Alleinvertriebs. (Unter vielen MARTINO, AVV, 90, BECKMAN/MAYNARD/DAVIDSON 626, SÖLTER, Alleinvertriebsbindungen, 15, PRÖBSTING 41 f., DÜESBERG 468, LANGER 450, GNEHM 134, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 326).

93 Regelmässig herrscht zwischen Hersteller und Erstabnehmern im Exportvertrieb Exklusivität, wird sonach eine Alleinvertriebsklausel vereinbart. (Vergl. hinten 230).

in den Vertragshandelsbindungen nieder.[94] Neben den gängigen Absatz-, Bezugs- und Vertriebsklauseln begegnet man immer wieder Pflichten zu Kooperation und Information, Marktanalyse oder Werbung.[95] Da ausländische Importeure die Distributionskanäle besser kennen oder gar selber über ein eingespieltes Verteilernetz verfügen, wird ihnen ausserdem gern Aufbau und Kontrolle einer Unterorganisation auf der Einzelhandelsstufe überantwortet.[96]

94 Eingehender ULMER, Vertragshändler, 176.

95 Zu den einzelnen Bindungstypen hinten 162 f.

96 Vergl. KAPFERER 648, SOHRMANN-LUGON 10.

§ 6 Absatzwirtschaftliche Bedeutung der einzelnen Selektionskriterien

I. Qualitative Selektion

1. Finanzielle Leistungskraft

Die Kapitalkraft[1] des Abnehmers entscheidet massgeblich über dessen *Kooperationsfähigkeit.* Denn die im selektiven Vertrieb dezentralisierten Absatzaufgaben machen allemal einen entsprechenden händlerischen Mitteleinsatz nötig. Man weiss etwa um Investitionen (bezüglich Einrichtungen und Werkzeuge) beim Kundendienst technischer Problemgüter.[2] Kapital binden auch Lagerhaltungspflichten.[3] Dazu können Aufwendungen für Geschäftsausstattung, Warenpräsentation, Werbung, Marktforschung und ähnliches treten.

Von Interesse ist die finanzielle Leistungsfähigkeit weiter für die *Herabsetzung des Kreditrisikos.* Eine Selektion nach der Kreditwürdigkeit[4] berücksichtigt lediglich Händler, deren Zahlungs-

1 Die Kapitalkraft ist als Selektionskriterium aufgeführt bei MEYER, Grundzüge, 56, RITTNER, Beschränkung, 201, DÜESBERG 468, MÜLLER-FEMBECK 11 und SCHMITT 83. – Zur Bedeutung der Finanzkraft im Einzelhandel ausführlich KERN 105 f.

2 Über den Zusammenhang zwischen Kundendienstpolitik und Händlermittel auch DÜESBERG 468; näheres hinten 101 f.

3 Vergl. MEYER, Grundzüge, 56 und DÜESBERG 468. Dies gilt in herausragendem Masse für den Grosshandel. (Zur Lagerhaltungsfunktion des Grosshandels ACKERMANN 28 f. und BATZER 1454).

4 Auf die Bonität als Selektionsgesichtspunkt verweisen z.B. MINNINGER 189, RITTNER, Beschränkung, 204, NIENS 72 und 78 (für Gross- und Einzelhandel), LINNERT, Selektive Absatzpolitik, 59 und SUNDHOFF, Absatzorganisation, 51; vergl. ferner PHILLIPS/DUNCAN 534, BECKMAN/MAYNARD/DAVIDSON 626 und MOLL 6.

fähigkeit notorisch ist. Sie verdient im Selektivvertrieb deshalb Beachtung, weil mit jeder Absatzstellenbeschränkung zwangsläufig eine verminderte Risikostreuung eintritt.[5]

2. Abnahmemengen

Abnahmemengen können auf eine Zeiteinheit (insb. Jahr) oder auf den individuellen Geschäftsvorfall bezogen werden. Sonach hat man zwischen einer Auswahl nach Mindestbezugsquoten und einer solchen nach Auftragsgrössen zu sondern.

a) Mindestbezugsquoten

Die an Mindestbezugsquoten (Jahresbestellmengen) sich ausrichtende Selektion[6] übergeht Zwischenhändler mit unbedeutender oder schwankender Abnahmekapazität. Sie soll dem Hersteller *ausgeglichenere Absatzverhältnisse* sichern und ihm Planung und Vorausdisposition erleichtern.[7] Lässt der Markt eine Verwertung der geforderten Mengen überhaupt zu, wird der Händler nebenher zu gesteigerten Verkaufsanstrengungen angestachelt.[8]

5 Ein Teil des Schrifttums will bei der Händlerauslese überdies den Zahlungsmodus berücksichtigen. (So LANGENKAMP 141, BEHRENDS 74, MÜLLER-FEMBECK 11, TIETZ, Marketing I, 1357, GEIST, Selektive Absatzpolitik, 59).

6 Vergl. TIETZ, Marketing I, 1357, LEHMPFUHL 33, GEIST, Selektive Absatzpolitik, 58, KERN 118 f. und die Entscheide Gas-Warmwasserbereiter 35 und SABA 21.

7 Vergl. (auch über die Auswirkungen auf den Produktionsbereich) hinten 131 f.

8 Einzelheiten bei KERN 119 f.

b) Auftragsgrössen

Wer seine Kundenwahl nach Auftragsgrössen[9] trifft, will eine günstigere Gestaltung der Vertriebskostenrechnung. Zu Felde gezogen wird gegen das *Kleinauftragsproblem,*[10] d.h. wider die unverhältnismässige Beanspruchung des Vertriebsbudgets durch Kleinabnehmer.[11] Zugleich schmälert der Produzent das Kreditrisiko, da hinter Kleinaufträgen nicht selten leistungs- und finanzschwache Händler stecken.[12]

3. Marketing-politische Kriterien

a) Betriebsgrösse

Wiewohl die Betriebsgrösse als Selektionsgesichtspunkt mitunter aufgeführt wird,[13] taugt er für eine marketing-politische Händlerauslese wenig.[14] Denn ob der Abnehmer auch leisten

9 LINNERT, Selektive Absatzpolitik, 59, MOLL 6, TIETZ, Marketing I, 1357, KOCH, Absatzpolitik, 59, GEIST, Selektive Absatzpolitik, 58, MANN 76 f., STANTON 365 – Zuweilen wird die Auftragsgrösse als eigenständiges Teilsegment der selektiven Absatzpolitik behandelt. (BATZER/GREIPL/LAUMER 12, GEIST, Selektive Absatzpolitik, 53, STEINER 35 f., LINNERT, Selektive Absatzpolitik, 51, TIETZ, Marketing I, 1357 und SCHULZ 631).

10 Infolge der Unabhängigkeit gewisser Vertriebskosten von der Auftragshöhe bemüht sich der Hersteller um grösstmögliche Bestellmengen. (Vergl. MOLL 6 f., HILL, Bd. 2, 193, KOCH, Absatzpolitik, 109, STEINER 39 f. und LEMPEN 72 f.; für das Verhältnis Grossist-Detaillist MINNINGER 189, BATZER 687 f. und NIESCHLAG/DICHTL/HÖRSCHGEN 600 f.; vergl. auch hinten 130 f.).

11 Über die Gründe der Erteilung von Kleinaufträgen STEINER 40.

12 Ebenso LINNERT, Marketing, 345 und STEINER 40.

13 So von LEHMPFUHL 32, MEYER, Vertrieb, 2109, MANN 50, MÜLLER-FEMBECK 11 und MINNINGER 189; vergl. zudem LANG 206, KERN 107 f.

14 Dagegen mag er für die Bezugsmengenselektion von Belang sein.

könne und wolle, was absatzwirtschaftlich gefordert ist, hängt nicht von der Betriebsgrösse allein ab. Schlüssig ist diese allenfalls für die *Verkaufsfläche.*[15]

b) Ruf (Goodwill)

Auch der Ruf einer Absatzstelle hat selten selektionspolitischen Eigenwert.[16] Diesen bestimmen Unternehmenseigenschaften (Geschäftsführung und -ausstattung, Sortiment, Kundendienst usw.), die selbständig Richtlinie der Netzbeschränkung bilden.[17] Beachtlich ist immerhin der *Kundenkreis des Händlers.*[18] Zumal beim Vertrieb des stark auf elitäre Verbraucherschichten gerichteten Luxus- und Prestigeerzeugnisses[19] interessiert den Hersteller, ob dieses Zielpublikum zur Stammklientel des Abnehmers gehöre.[20]

15 Zur engen Beziehung zwischen Raumquantität und Betriebsgrösse GERARD 7 f.; vergl. ferner hinten 98 f.

16 Anders wohl MANN 50, LANGENKAMP 140 und LEHMPFUHL 32 – Auch ULMER (Vertragshändler, 29) erwähnt ihn bei der Auslese der "autorisierten" Händler.

17 Vergl. hinten 98 f.

18 Vergl. MELLEROWICZ, Alternativen zur Preisbindung, 200, MÜLLER-FEMBECK 11, MEYER, Grundzüge, 56, ders., Vertrieb, 2109, LEHMPFUHL 32 und KERN 120 f.

19 Ebenso KERN 120 und MEYER, Grundzüge, 56.

20 "Sobald ein Hersteller nur einen bestimmten Teil der Verbraucherschaft ansprechen will, wird er diejenigen Verkaufsstellen auswählen, die von dieser Konsumentenzielgruppe vorgezogen werden. Damit wird deutlich, dass hinter dem Prinzip der Handelseinschaltung das Streben nach Erfassung von Konsumentenschichten oder -gruppen steht." (LEITHERER 57).

c) Standort

Dagegen ist geläufig, sich Zwischenverteiler nach ihrer *örtlichen Lage* auszusuchen.[21] Dies gilt – mit Blick auf günstige Verkehrsverhältnisse – auch für die Grossistenauslese.[22] Belangvoller ist die Standortselektion für die Einzelhandelsstufe,[23] auf die sich was folgt bezieht.

Nach der räumlichen Referenzgrösse sind *2 Formen* auseinanderzuhalten: die Beschränkung innerhalb einer Region und die Auswahl innerhalb einer einzelnen (städtischen) Agglomeration.[24]

Erstere findet Anwendung bei unterschiedlicher Nachfragedichte.[25] Gestreute Verkaufsstützpunkte in den Randgebieten einmal unbesehen, zentriert der Hersteller das Vertriebsnetz in den Ballungsräumen.[26] Händler in nachfrageschwachen Absatzgebieten sind darin nicht aufgenommen.

Anders die Standortaussonderung im engeren Sinne[27]: Sie achtet auf eine akquisitionspolitisch günstige Lage der Einzelhan-

21 Vergl. NIENS 78, LANG 58, MOLL 6, MINNINGER 191, LEHMPFUHL 32, MÜLLER-FEMBECK 11, MANN 50, MEYER, Grundzüge, 55, ders., Vertrieb, 2109 sowie die Vertriebssysteme von Dior, Lancôme (4. Wettbewerbsbericht 27) und Omega (Omega-Entscheid 23).

22 Zur Bedeutung des Standortes im Grosshandel KOCH, Grundlagen und Technik des Vertriebs, Bd. 1, 115 f.; für den Cash and Carry MOLL 48 f.

23 Vergl. (statt vieler) BATZER/GREIPL/LAUMER 242, MOELLER-HERRMANN 97 f. und die gesamte Arbeit von RUPPMANN.

24 Ebenso KOCH, Grundlagen und Technik des Vertriebs, Bd. 1, 119 und WULLSCHLEGER 23 f. – Ausnahmsweise kann sogar der *Standort innerhalb eines Hauses* bedeutungsvoll sein.

25 Vergl. auch vorn 87 f.

26 Vergl. – mit Zahlenmaterial für den Nähmaschinenvertrieb – WULLSCHLEGER 23 f.

27 Zu den einzelnen Faktoren dieser Standortwahl BATZER/GREIPL/LAUMER 242 und RUPPMANN 37 f.; ferner KOCH, Grundlagen und Technik des Vertriebs, Bd. 1, 119 f.

delsbetriebe. Bevorzugt werden meistenteils Geschäftsstellen in den vielbegangenen "Einkaufsstrassen" der City. Denn diese verbürgen einen Werbe- und Prestigeerfolg[28] und verschaffen Gelegenheitskäufe von Passanten.[29] Eine solche Vertriebswegepolitik ist ersichtlich immer (auch) Selektion nach der finanziellen Leistungskraft.[30] Deshalb sind hohe Standortanforderungen nicht immer realisierbar. Der Hersteller wird davon abrücken können, wenn seine Erzeugnisse den Verkauf an weniger zentralen Stellen zulassen, so etwa jene betreuungsbedürftigen Güter (des aperiodischen Bedarfs)[31], für die Verbraucher auf grösstmögliche Einkaufsbequemlichkeit zu verzichten gewillt sind. Der Vorrang wird nicht selten Händlern in der Nähe von Absatzstellen der Konkurrenz gegeben.[32] Eine räumliche "Branchenkonzentration" lockt nämlich Kunden heran und kann in fine dem Absatz eines jeden Wettbewerbers förderlich sein.[33]

d) Raum und Ausstattung

Diese Selektionspolitik richtet sich nach Raumquantität und (oder) Raumqualität der Verteiler.[34] Die *quantitativen Ansprüche*

28 WULLSCHLEGER 25.

29 Die Bedeutung des Passantenverkehrs stellen auch RUPPMANN (47) und KOCH (Grundlagen und Technik des Vertriebs, Bd. 1, 126 f.) heraus.

30 Vor allem der hohen Geschäftsmieten (zu den Raum- und Mietkosten im Einzelhandel GERARD 64 f. und KERN 102 f.), aber auch der zwangsläufig breiteren Sortimente wegen. (Vergl. BATZER/GREIPL/LAUMER 242).

31 Zum Stellenwert der "Fristigkeit" des Bedarfs bei der Standortwahl vor allem RUPPMANN 71 f.

32 Vergl. WULLSCHLEGER 25 f., BATZER/GREIPL/LAUMER 242, KOCH, Grundlagen und Technik des Vertriebs, Bd. 1, 126 ; eingehend insb. RUPPMANN 49 f.

33 Ebenso RUPPMANN 51 f. und WULLSCHLEGER 25 f.

34 Allgemein zum Betriebsfaktor "Raum" im Einzelhandel RENGGLI 21 f.

betreffen Mindestflächen der Verkaufs-, Lager- bzw. Ausstellungsräume.[35] Erhoben werden sie im Vertrieb sperriger Güter oder bei unerlässlicher Einpassung der Vertragswaren in breite Händlersortimente.[36] Auch die Standortauslese[37] und der angesprochene Kundenkreis[38] bestimmen den Raumbedarf mit.

Häufiger begegnet man einem selektiven Vertrieb mit *Anforderungen an die Qualität* der Händlerlokalitäten (hinsichtlich Einrichtung und Ausstattung).[39] Hersteller mögen einmal auf Ladenfront und Schaufensterzahl achthaben.[40] Für das Geschäftsinnere wird – neben der "zweckbestimmte(n) Seite der Raumgestaltung"[41] – insbesondere die geschmacklich-ästhetische herausgestellt.[42] Luxus- und Prestigegüter vor allem erfordern die Vermittlung einer gehaltvollen Kaufatmosphäre. Dazu gehört auch eine gewinnende Warenpräsentation mit augenfälligem Platz im Regalfach.[43]

35 Vergl. LANG 58 und MOLL 6 sowie den Entscheid Gas-Warmwasserbereiter 35 – Auch das Parkplatzangebot mag eine Rolle spielen. (RENGGLI 30 f.).

36 Mit Beispielen aus verschiedenen Branchen GERARD 15 f.; ferner ROOS 28 f.

37 Die Lage in Ballungszentren bzw. in der City verlangt grössere Betriebsflächen als diejenige in nachfrageschwachen Regionen bzw. Aussenbezirken. (GERARD 19 f.).

38 Käufer von Exklusivartikeln erwarten einen grosszügigeren Raumeinsatz. (Vergl. GERARD 22).

39 Die qualitative Raumselektion findet man auch erwähnt bei SCHENK/VÖLK 33, SUNDHOFF, Absatzorganisation, 52, ULMER, Vertragshändler, 29, LEHMPFUHL 32, MÜLLER-FEMBECK 11; vergl. ebenfalls die Entscheide Omega 23, SABA 21 und Junghans 11. – Zur Ladengestaltungs- und Warenpräsentationspolitik im allgemeinen TIETZ, Marketing II, 289 f.

40 Vergl. z.B. LANG 58 und NIENS 78.

41 Licht-, Luft- und Temperaturverhältnisse (GERARD 30); weiter NIENS 78.

42 Vereinzelt nimmt der Hersteller zudem auf die bauliche Ausgestaltung Einfluss. (Vergl. das Beispiel bei SCHENK/VÖLK 34).

43 Darüber ROOS 28 f. und RENGGLI 162 f.; vergl. auch hinten 124 f.

e) Sortiment

Wie man weiss, ist der sortimentsmässige Verbund von Waren zentrale Funktion des Zwischenhandels.[44] Manche Hersteller sehen daher die Eingliederung ihrer Produkte in passende Händlersortimente auch als selektionspolitische Aufgabe an.[45] Im Einzelfall mag auf Umfang (Breite und Tiefe), auf Preislage oder auf Qualität des Warenangebots Rücksicht genommen werden.

Die am *Sortimentsumfang* orientierte Abnehmerbeschränkung kann in zwei Richtungen zielen : Enge Sortimente suchen Hersteller auf, die eine Konzentration der Verkaufsbemühungen auf die Vertragswaren sichern oder eine Verzettelung der Kundendienstpflege verhindern wollen.[46] Andere bevorzugen breite und tiefe Sortimente, weil diese dem Konsumenten den Produktevergleich offenhalten und den Einkauf erleichtern.[47] Auf einen Platz

44 Sie soll "teils Vergleichsmöglichkeiten mit gleichartigen Erzeugnissen bieten, teils die Deckung zusammengehörender bzw. komplementärer Bedarfe ermöglichen." (BATZER/GREIPL/LAUMER 230) – Vergl. weiter KOCH, Grundlagen und Technik des Vertriebs, Bd. 2, 93 f., MOELLER-HERRMANN 95 f., ROOS 1 f., FLACH 6 f. und JASTER 10 f. – Ausführlich zur Sortimentspolitik im Handel BENGELSDORF R., Gruppierung der Einzelhandelsbetriebe, Ordnung und Entwicklungstendenzen, Diss. Hamburg 1965, 55 f., NAX H., Die Bestimmung der Entwicklungssituation einer Betriebsform des Einzelhandels, Diss. München 1969, 43 f., TIETZ B., Sortimentspolitik, in: Marketing Enzyklopädie, Band 3, München 1975, 223 f., GÜMBEL R., Sortimentspolitik, in: HdAw, 1883 f.

45 Dieser Selektionsgesichtspunkt ist angezeigt bei ULMER, Vertragshändler, 29, LANG 58, SUNDHOFF, Absatzbindungen, 495, LEHMPFUHL 32, NIENS 72 und 78, SCHENK/VÖLK 33 und REINECKER 66.

46 Beispiele: Nähmaschinen- oder Automobilvertrieb. (Vergl. WULLSCHLEGER 26 f. und LANG 129, 141, 155) - Beachtlich bleibt immerhin die Gefahr einer Untersortierung mit entsprechenden Erlöseinbussen. (So insb. JASTER 86 f.).

47 Über die Problematik der (horizontalen oder vertikalen) Sortimentsausweitung ROOS 76 f. und JASTER 78 f.

in konsumgerechten Sortimenten sind namentlich Produzenten mit stark "einordnungsbedürftigen" Leistungsprogrammen angewiesen.[48]

An das Warenangebot kann sich – nach der charakteristischen Sortierungsfunktion des Grosshandels[49] – auch die Grossistenselektion halten.[50] Je nach der gewünschten Breite oder Tiefe wird der Fach- (Spezial-) oder der Sortimentsgrosshandel bedient.[51] Auf der Sperrliste findet man vielfach neue Vertriebsformen, allen voran die Cash and Carry-Betriebe.[52]

f) Kundendienstleistungen

"Wer Kundendienst unterhält, hält den Kunden."[53] Diese akquisitionspolitische Erfahrung wirkt auch auf die Abnehmer-

48 Vergl. auch vorn 82 f. – Wie die optimale Zusammensetzung der Händlersortimente schlechthin von vielerlei Faktoren abhängt (Übersichten bei FLACH 58 f. und ROOS 19 f.), steht auch das Kriterium "Sortiment" zu andern Auswahlkriterien in offenkundiger Wechselwirkung. So setzen Raumquantität oder Geschäftsausstattung den Sortimentsanforderungen Grenzen. (Ebenso ROOS 110) Nämliches gilt für Lagerhaltung, Kapitalkraft, Standort oder Kundendienst. (Vergl. BATZER/GREIPL/LAUMER 242, ROOS 23 f. und FLACH 172).

49 Statt aller ACKERMANN 38 f. und BATZER 1455.

50 Gl.M. offensichtlich NIENS 72.

51 Vergl. BIDLINGMAIER, Marketing, Bd. 2, 335.

52 Nach MOLL (4 f.) bildet eben die selektive Absatzpolitik im traditionellen Grosshandel die Ursache für die Entstehung von Cash and Carry-Betrieben. – Zum Cash and Carry (als Auswahl) GROSS H., Cash-and-Carry und Verbrauchermarkt, in: Neue Entwicklungen in der Warenverteilung, Schriftenreihe der Stiftung "Im Grüene", Band 40, Bern 1968, 50 f., MOLL 8 f., SCHONEWEG R., Cash and Carry – Erfahrungen und Konsequenzen aus einer Untersuchung von 16 Betrieben, in: Neuzeitliche Distributionsformen, Schriftenreihe der Forschungsstelle für den Handel an der Handelshochschule St. Gallen, Band 5, 57 f., BOIT P., Cash and Carry, in: Marketing Enzyklopädie, Bd. 1, München 1974, 341 f.

53 SÖLTER, Alleinvertriebsbindungen, 12.

beschränkung ein.[54] Obwohl gewisse Hersteller vermehrt Werkspflege zusichern,[55] bleibt im indirekten Vertrieb der Zwischenhandel gewichtigster Träger der Kundendienste. Selektions- und Qualitätspolitik sind demnach eng ineinander verzahnt.[56] Je betreuungsbedürftiger die Ware, desto gewissenhafter wird die Auswahl erfolgen müssen.[57] Welches Fachwissen der Produzent seiner Absatzorganisation abverlangt, hängt von Art und Umfang der ihr zugewiesenen Aufgaben ab. Neben den technischen[58] sind oftmals auch kaufmännische Kundendienste[59] gefragt.

Im Selektionsvorgang ist dreierlei beachtlich: Zunächst interessiert die fachliche *Qualifikation des Händlers* selber.[60] Namentlich bei Klein- und Mittelbetrieben lässt sich mangelndes Know-how nicht beliebig durch Einstellung geschulten Personals wettmachen. Wissenswert ist nicht bloss die verkaufspsychologische,

54 Zur fachlichen Leistungsfähigkeit als Selektionsgesichtspunkt MEYER, Grundzüge, 55 f., RITTNER, Beschränkung, 204, LEHMPFUHL 32, LANG 58, MOLL 6, NIENS 72 und 78, LANGENKAMP 141 – Vergl. ebenfalls SÖLTER, Universalvertrieb oder Selektivvertrieb, 304, SCHENK/VÖLK 33 f., ULMER, Vertragshändler, 29, WULLSCHLEGER 48 f. sowie den Junghans-Entscheid 11.

55 WÖHE 472, BENNEWICZ 115 f. und CINA 112.

56 Über diese Verknüpfung auch BIDLINGMAIER, Marketing, Bd. 2, 343, SCHENK/VÖLK 33 und SÖLTER. Universalvertrieb oder Selektivvertrieb, 304.

57 In gewissen Wirtschaftszweigen ist die gesamte Absatzpolitik vom Streben nach gesicherten Kundendienstleistungen geprägt. (Vergl. für den Automobilvertrieb SCHMITT 82 f., HILDEBRAND 151 f. und LANG 213; kritisch SCHÜLLER 160 f.).

58 Darunter werden verstanden: Installation und Montage, Gebrauchsanweisung, Inspektion, Wartung, Reparatur, Versorgung mit Ersatzteilen, Kundendienstversicherung usw. (BENNEWICZ 88 f., THEISEN 1155, KONRAD 22 f. TIETZ, Marketing II, 266, WEIS 157 und KOCH, Grundlagen und Technik des Vertriebs, Bd. 1, 704 f.).

59 Insb. Beratung, daneben auch Zustelldienste, Kreditierung, Kundenbesuche, Verpackung und ähnliches. (Vergl. THEISEN 1156, TIETZ, Marketing II, 266, WEIS 157 und BENNEWICZ 142 f.).

60 Über die Abhängigkeit des unternehmerischen Leistungsvermögens von der Qualifikation des Einzelhändlers RESKE 25 f.; vergl. ferner KERN 111 f.

ff) Personal

Mit den Kundendienstklauseln verwandt sind Bindungen bezüglich des Händlerpersonals. Im Vordergrund steht die Pflicht zur Beschäftigung einer genügenden Anzahl von (geschultem) Verkaufs- und (oder) Werkstattpersonal.[263] Der Händler hat überdies für deren Aus- und Weiterbildung besorgt zu sein.[264] Bisweilen wird auch auf den Aussendienst (Vertreterstab) eingewirkt.[265] [266]

gg) Aufbau eines Vertriebsnetzes

Im Aussenhandel betraut der Hersteller seine Alleinvertreter oder Grosshändler oftmals mit dem Aufbau eines Vertriebsnetzes.[267] Er bleibt dann (formell) an den vertraglichen Banden mit deren Abnehmern unbeteiligt. Man begreift allerdings sein Streben, sich dennoch bestimmenden Einfluss zu sichern. Hierzu koppelt er

263 Beispiel: "Der Vertragshändler hat in ausreichender Zahl Verkaufspersonal zu beschäftigen, das in der Handhabung und Vorführung der Vertragserzeugnisse gründlich ausgebildet ist und Unterricht an den Vertragserzeugnissen erteilen kann". (§ 3 Ziff. 3 des Pfaff-Händlervertrages bei SCHENK/VÖLK 93). – Vergl. auch STUMPF 52, LÖWISCH 53, Kodak-Entscheid 25 und § 9 Ziff. 2 Abs. 1 des HkDS-Mustervertrages bei MAIER/MEYER-MARSILIUS 56.

264 Vergl. MAYERLE 23, STUMPF/LÖSCH 63 Fn. 14, WINKEL 28, ULMER, Vertragshändler, 113, STUMPF 52. Die Klausel ist besonders im Automobilgewerbe geläufig. – Nicht selten wird ein Teil der Instruktions- und Ausbildungsarbeit vom Hersteller selber geleistet. (Ausführlich vorn 140 f.).

265 Teils wird eine Ausweitung, teils eine Einschränkung gefordert. (Vergl. LÖWISCH 53, STUMPF 44).

266 Selbstredend ist der Hersteller nicht nur am Personal, sondern auch (und insbesondere) an der Geschäftsleitung interessiert. Er mag deshalb Zustimmungsvorbehalte oder Kündigungsklauseln bei Änderungen in den Führungsgremien einbauen. (ULMER, Vertragshändler, 117 f. und STUMPF 83; vergl. zudem Ziff. 16 lit. h des BMW-Vertrages bei SCHMITT 387).

267 ULMER(Vertragshändler, 120) redet vom "Aufbau einer Unterorganisation". Vergl. auch STUMPF 91 sowie den Omega-Entscheid 22 f.

diese Netzaufbaupflicht mit (einfachen oder qualifizierten) Vertriebsbindungen.[268] Noch weiter gehen Produzenten, die jeden einzelnen Vertragsabschluss von ihrer Zustimmung abhängig machen, sich (kraft Weisung) ein Kündigungsrecht ausbedingen[269] oder eine weitere Pflicht zur Überwachung der Unterorganisation anfügen.[270]

hh) Andere Bindungen

Aufzuführen sind ferner Vertragsklauseln, die den engeren Bereich des Absatzes sprengen. So haben Händler gelegentlich ihre gesamte innerbetriebliche Organisation den Wünschen des Produzenten anzupassen.[271] Dieser kann ausserdem Investitionslenkung betreiben, wenn er ihnen Umfang und (oder) Gegenstand der Investitionstätigkeit vorschreibt.[272] Parallelen zu anderen Bindungen sind hiebei unverkennbar.[273] Endlich begegnet man Bestimmungen betreffend Finanzierung[274] und Betriebskapital.[275]

268 Mit der einfachen Vertriebsbindung regelt er gewünschte Eigenschaften und Anzahl der Abnehmer, mit der qualifizierten diktiert er den Vertragsinhalt. Wie bekannt, kann er den Abschluss auf der Vorlage eines eigenen Vertragsmusters vorschreiben. (Vergl. dazu vorn 201 f.).

269 Vergl. (als Beispiel einer besonders weitgreifenden Regelung) Ziff. 2.7. des bei SCHENK/VÖLK (100) abgedruckten Automobilgrosshändler-Vertrages.

270 Vergl. hinten 212.

271 Vergl. Ziff. 11 des BMW-Vertrages (SCHMITT 385) oder BELKE, Geschäftsverweigerung, 211.

272 Die Abrede kann z.B. die Verwendung eines bestimmten Umsatzanteils für bestimmte Investitionsprojekte vorsehen (vergl. WINKEL 28) oder grössere Investitionsvorhaben von der Zustimmung des Herstellers abhängig machen. (So Ziff. 13 lit. b des BMW-Vertrages bei SCHMITT 285).

273 Sie ergänzen meist Kundendienst-, Ausstattungs- oder Einrichtungsbindungen. Absorbieren solche Investitionsvereinbarungen einen wesentlichen Teil der Händlermittel, nähern sie sich faktisch einer Bezugsbindung für Fremdwaren. (Vergl. vorn 191).

274 Beispiel: Minimaler Selbstfinanzierungsgrad. (Vergl. BELKE, Geschäftsverweigerung, 211).

Absatzverhältnisse gehören Warenvorräte auf allen Wirtschaftsstufen.[76] Man wird daher auch (und gerade)[77] Grosshändler nach ihrer Lagerhaltungspolitik beliefern müssen.

h) Preispolitisches Verhalten

Kundenbeschränkung kann für die Steuerung der Preise im Zwischenhandel dienstbar gemacht werden.[78] Zur Hauptsache unter Detaillisten sucht der Hersteller sich jene aus, die seinen preispolitischen Vorstellungen nachleben.[79] Die Geschäftsverweigerung gilt alsdann *preisaggressiven Handelsbetrieben.*[80] Damit wird gegen Lockvögel[81] und andere unbeliebte Verkaufsmethoden[82] zu Felde gezogen. Bezweckt ist allemal eine Regulierung der Endverbraucherpreise im Vertriebsnetz. Sie lässt sich (ohne

76) Über die Lagerhaltung beim Grossisten ACKERMANN 28 f. und BATZER 1454.

77 Eine wachsende absatzwirtschaftliche Bedeutung der Grosshändlerlager signalisiert auch BATZER 1454.

78 Vergl. BENISCH, Substitute, 102 f., MELLEROWICZ, Alternativen zur Preisbindung, 200, BERSUCH 141, LUTZ/BASSON 387 und LANGENKAMP 141.

79 Eine solche Selektionspolitik wurde offenbar im Winter 1975/76 im schweizerischen Skihandel praktiziert: "Um die rückläufigen Umsätze wenigstens mit einer Preisbindung halbwegs aufzufangen, sind gewisse Skifabrikanten dazu übergegangen, nur noch den Fachhandel zu beliefern, der sich zu festen Endverbraucherpreisen verpflichtet. Bedient der Produzent einen Aussenseiter, dann wird er vom Fachhandel boykottiert, während umgekehrt ein Fachhändler bei Preisreduktionen ganz einfach nicht mehr beliefert wird." (SHZ vom 30.10.1975).

80 Insb. Discounter. (Vergl. hinten 106).

81 Vergl. SÖLTER, Universalvertrieb oder Selektivvertrieb, 304 f., MELLEROWICZ, Alternativen zur Preisbindung, 200, N.N., Vertriebsbindungen in der Hausrat- und Eisenwarenbranche, 894 und PENTZLIN 2681. – Über den wirtschaftlichen Grundsachverhalt von *Lockvogelpreisen* vor allem SCHLUEP W.R., Lockvogelpreise und Lockvogelmarken im schweizerischen Recht, in: Prix et marques d'appel en droit comparé, Actes du Colloque de Lausanne, Genf 1976, 57 f.

82 Das Auswahlkriterium "Verkaufsmethode" ist im besonderen aufgeführt bei MÜLLER-FEMBECK 11, LEHMPFUHL 32 und MELLEROWICZ, Alternativen zur Preisbindung, 200.

förmliche Preisbindung) im Selektivabsatz leichter vollziehen, weil die Abnehmerbegrenzung die Intra-brand-Konkurrenz drosselt und die Herstelleranforderungen die Kostenstrukturen der Händler angleichen.[83]

i) Betriebsform

Obwohl formal an der äusseren Erscheinung und Organisation anknüpfend, ist auch die Selektion nach der Betriebsform[84] letztendlich *qualitative Händlerauslese.* Vom bislang abgehandelten individuellen Eignungstest nach Einzelkriterien hebt sie sich lediglich durch ein oberflächlicheres Prüfungsverfahren ab, indem der Hersteller jeder Handelsbetriebsform unbesehen bestimmte absatzwirtschaftliche Eigenschaften zuschreibt.[85] Dies zeigt beispielsweise die Liefersperre gegenüber dem Discount-Geschäft, das niederer Kosten und eines hohen Lagerumschlages wegen mit Tiefstpreisen aufwarten kann.[86] Sie ist mithin nichts anderes als standardisierte preispolitische Auswahl.[87] Dagegen betreibt Selektion nach Kundendienstleistungen, Geschäftsausstattung oder Sortiment, wer Distributionsstellen wie Versandhandel und Warenhaus übergeht.

83 Vergl. hinten 129 f.

84 Dazu MEYER, Grundzüge, 55, BERSUCH 135 f., NIENS 71 und 73 f.; ferner TIETZ, Marketing I, 1357, SCHENK/VÖLK 33, GEIST, Selektive Absatzpolitik, 58, BELKE, Geschäftsverweigerung, 12, RITTNER, Beschränkung, 201 f.

85 Vergl. vorn 56 f.

86 Zum Discount-Geschäft (und seiner Vertriebspolitik) GROSS, Handel, 94 f., NIESCHLAG 322 f., BIDLINGMAIER J., Wandlungen in den Geschäftsprinzipien der Discount-Houses als Ausdruck der Dynamik im Einzelhandel, in: Wandel im Handel, Wiesbaden 1962, 153 f., CLOPPENBURG U., Die deutschen Diskonthäuser, Diss. Basel 1965, ITH H., Das Diskonthaus in den USA, Freiburg i.Ue. 1961 und Das Diskonthaus, Eine neue Revolution im Einzelhandel, Schriftenreihe der Stiftung "Im Grüene", Band 26, Düsseldorf und Wien 1962.

87 Im gleichen Sinne BERSUCH 142.

Bevorzugte Handelsbetriebsform im Selektivvertrieb ist das *Fachgeschäft* (Spezialgeschäft), das mit seinem Absatzleistungsangebot (tiefes Sortiment, Bedienung und Beratung, Kundendienstleistungen, normale Preiskalkulation)[88] ersichtlich am leichtesten in die Marketing-Philosophie des Herstellers sich einordnet.[89] Es steht in dessen Augen regelmässig ein für Qualitätspflege wie Kundenbetreuung und ist besonders geeignet, "die Vorstellung zu geben, exklusive Markenartikel zu erwerben."[90] Selektiv vertreibende Produzenten besetzen daher häufig ihr Verteilernetz ausschliesslich mit dem einschlägigen Fachhandel.[91]

Die planmässige Auslassung der übrigen Verteilertypen ist indessen nicht ohne Gefahren. Die Betriebsform deckt nämlich das reale Leistungsvermögen nicht immer zuverlässig auf.[92] In Verkennung des angelaufenen *"trading up"*[93] können Hersteller auf diese Weise wertvolle Absatzstationen verlieren. So trauen sie noch mancherorts dem Warenhaus schlechthin nicht zu, für technischen Service oder repräsentative Verkaufsatmosphäre besorgt zu sein.

88 Vergl. HILL, Bd. 2, 78, BATZER/GREIPL/LAUMER 83; dazu MENTZEL 514, WEIS 225 f. und KOCH, Grundlagen und Technik des Vertriebs, Bd. 2, 165 f.

89 Wie hier NIENS 74 f.; vergl. auch WULLSCHLEGER 53 f.

90 NIENS 74.

91 Statt aller SABA-Entscheid 21.

92 "Der Betriebstyp ist oftmals lediglich als Indiz für die Eignung der Absatzmittler anzusehen, d.h. es ist nicht sicher, ob die den bevorzugten (benachteiligten) Betriebsformen angehörigen Händler auch die erwünschten Leistungen tatsächlich (nicht) erbringen." (BERSUCH 136 Fn. 11).

93 Zum Begriff KONRAD 130 f. und BATZER/GREIPL/LAUMER 253.

Damit wird an einem Wandel vorbeigesehen, den verschiedene Warenhäuser durch Aufbau in sich geschlossener Fachabteilungen eingeleitet haben.[94] [95]

II. Quantitative Selektion

Bei der qualitativen Auslese entscheiden bekanntlich Anpassungsfähigkeit und -wille der Abnehmer über die endgültige Vertriebsstellenzahl. Mit der Quantitativselektion verwirklicht der Hersteller nunmehr (ohne Rücksicht auf die Vertriebstauglichkeit ausscheidender Händler) eine *festbestimmte Distributionsdichte.*[96]

Absatzwirtschaftlich soll sie in erster Linie einer Zersplitterung des Verkaufes entgegentreten.[97] Jedem Verteiler werden (nach den regionalen Verkaufserwartungen) Mindestumsätze mit den Vertragswaren verschafft.[98] Von dieser Steuerung der Umschlagsgeschwindigkeiten erhofft sich der Produzent wiederum verstärkte Verkaufsanstrengungen jedes einzelnen Händlers.[99]

94 BERSUCH 163, BATZER, Markenartikel, 184, NIENS 76 f. und KONRAD 130 f.; dazu ferner hinten Bd. 2, 299.

95 Die Betriebsformselektion kann auch auf der Grosshandelsstufe stattfinden. (Vergl. NIENS 72) Im Selektivvertrieb drängt sich – aus den bekannten Gründen – zumal der Fach- und Spezialgrosshandel auf, während die dienstleistungsarmen Cash and Carry-Betriebe vielfach übergangen werden. (Ebenso BERSUCH 136 und NIENS 71). – Vergl. zum Beleg Metro-Urteil 1882 f.

96 Dazu vorn 55 – Vergl. auch die Beispiele einer quantitativen Abnehmerbeschränkung (mit Zahlenmaterial) bei NIENS 82 rsp. 86 und GEIST M., Rationelle Absatzpolitik – dargestellt am Beispiel der Magnavox-Company, in: Methoden der Budget-Kontrolle, Rationelle Absatzpolitik, RKW-Schriftenreihe Betriebsführung und Fortbildung, Frankfurt a.M. 1960, 45 f. sowie den Omega-Entscheid 24.

97 Ebenso LEHMPFUHL 33.

98 Nach der Kommission verwendet der Hersteller quantitative Kriterien, "um die Zahl der zugelassenen Verkaufsstellen der Bedeutung der jeweiligen Stadt oder Region sowie der Kaufkraft ihrer Bewohner anzupassen." (4. Wettbewerbsbericht 27; ähnlich 1. Wettbewerbsbericht 70; Parallelen zur "regionalen" Selektion erkennt auch NIENS 78 Fn. 181).

99 Vergl. RITTNER, Beschränkung, 201, BERSUCH 143 und LEHMPFUHL 33.

Beim Absatz von Exklusiv- und Luxuswaren sind grobmaschige Vertriebsnetze zudem Bestandteil des vermittelten Geltungsnutzens. Nur dann ist die vom Kunden gefragte "Exklusivität" gewahrt, wenn sich der Artikel nicht an allen Ecken und Enden beziehen lässt.[100] Schliesslich verstärkt die quantitative Selektion willkommene Auswirkungen der qualitativen . Sie verhilft (infolge des weiter herabgesetzten Intra-brand-Wettbewerbs) zu zusätzlicher Preisstabilität auf den Zwischenhandelsstufen und erleichtert Kontaktpflege sowie Kontrolle des Distributionsnetzes.[101]

100 Exemplarisch ist etwa die Verbreitung der quantitativen Selektion (als sog. "Depotsystem") in der Kosmetikbranche. (Vergl. SCHRICKER 539, SCHÖNHERR/DITTRICH 260 f., den Rochas-Entscheid 517 sowie die Erhebungen der schweizerischen Kartellkommission, VSKk 1968, 135 f.) – WINKEL (17) weist weiter darauf hin, dass in Frankreich – dem "Mutterland" der Prestigeerzeugnisse – exklusive Vertriebssysteme besonders eingewurzelt sind.

101 Vergl. BERSUCH 143 f.

§ 7 Die Stellung von Produzent und Händler im selektiven Vertrieb

I. Zur Frage der "Marketingführerschaft" in selektiven Vertriebssystemen

1. Die Marketingführerschaft hält inne, wer absatzwirtschaftlich die Vertriebskanäle beherrscht.[1] SÖLTER – als Schöpfer des Begriffs[2] – redet denjenigen als *"Marketingführer"* an[3], "der *in der Absatzkette für ein bestimmtes Erzeugnis die Einflussnahme oder Bestimmung ausübt."*[4] Ziel dieser "channel leader"-Stellung ist die Durchsetzung des eigenen Marketing-Konzepts gegenüber den Vertriebswegepartnern. Bekleiden kann sie grundsätzlich jede Wirtschaftsstufe. Damit wird sofort fraglich, wer in selektiven Vertriebssystemen Marketingführer spiele, ja ob diese überhaupt ein "typisches" Machtungleichgewicht im Absatzkanal kennzeichne.

2. Die vorgängigen Ausführungen zur marketing-politischen Verankerung des Selektivvertriebs tragen die Antwort in sich. Abnehmerbeschränkung und Vertragshandelsbindungen dienen dazu, im Netz (einheitlich) gerade jenes absatzwirtschaftliche Verhalten sicherzustellen, das der Produzent zur Eroberung des Verbrauchers für erforderlich hält. Sie sind Behelfe zur Steuerung der

1 BIDLINGMAIER (Marketing, Bd. 2, 332) spricht von "Initiatoren und Führern innerhalb einer Kette".

2 SÖLTER A., Markenpreisbindung und Marktintegration, Düsseldorf 1964, 26.

3 Nichts anderes meinen KIRSCH/ESSER (194) mit "channel leader"; vergl. ferner TIETZ, Marketing II, 294.

4 SÖLTER, Vertikale Kooperation, 430. Als *Voraussetzungen* dieser Marketingführerschaft bezeichnet er:
"aa) Ein Funktionsabsolutismus der jeweiligen Marktstufen fällt ausser Betracht;
bb) ein oder eine Gruppe von Stufengliedern innerhalb der Absatzkette verfügt in einem relevanten Erzeugnis über ein fühlbares Übergewicht, was auf den Bekanntheits- bzw. Begehrtheitsgrad oder auf die Preiswürdigkeit des betreffenden Erzeugnisses... oder auf die Umsatz- oder Kapitalpotenz des Unternehmens bzw. der Unternehmensgruppe zurückzuführen sein kann.".

Verteilerketten von der Erzeugerseite aus. Somit hält im selektiven Vertrieb regelmässig der *Hersteller* des Marketingführers Stellung inne.[5] Er leitet die Selektion ein, nach seinen Weisungen wickelt das gesamte Vertriebsgeschehen sich ab.[6] [7] Seine Interessen beherrschen auch die Vertriebsgestaltung. Er leistet dem Handel zwar Verkaufshilfen, indessen nur solange, als sie der Durchsetzung und Absicherung der eigenen Marketingziele förderlich sind.[8] [9]

5 SÖLTER (Universalvertrieb oder Selektivvertrieb, 306 f.) betrachtet den selektiven Vertrieb gerade als *Instrument* des Herstellers *zur Erhaltung der Marketingführerschaft.* (Vergl. auch ders., Neue Vertriebswege, 523) – ARNDT (88 f.) redet – vorab mit Blick auf das Franchising im amerikanischen Automobilabsatz – zutreffend von einem Tatbestand der *"Angebotsmacht"*.

6 Vergl. NIENS 56, ULMER, Vertragshändler, 34 f. und 154 f., SÖLTER, Universalvertrieb oder Selektivvertrieb, 310 f. und BELKE, Geschäftsverweigerung, 216.

7 Das betriebswirtschaftliche Schrifttum behandelt denn auch ausnahmslos den selektiven Vertrieb als absatzpolitische Vorkehr des *Herstellers.* (So insb. die amerikanische Literatur; vergl. STANTON 364 f., BECKMAN/MAYNARD/DAVIDSON 619 f., BELL 461 f., PHILLIPS/DUNCAN 532 f., KOTLER 562 f., LAZO/CORBIN 369 f., HOWARD 277 f.; für das deutschsprachige Schrifttum MEYER, Grundzüge, 54 f., BERSUCH 133 f., SCHENK/VÖLK 32 f., LEHMPFUHL 32 f. sowie (besonders eindrücklich) SÖLTER, Universalvertrieb oder Selektivvertrieb, 310 f.; im Zusammenhang mit dem Alleinvertrieb WINKEL 12 f., DÜESBERG 465 f., KLEEMANN 1631, MARTINO 89 und MAYERLE 7).

8 Anschaulich darüber ULMER, Vertragshändler, 152 f.

9 Immerhin ist auf den *Ausnahmesachverhalt* einer Kundenbeschränkung nach Händlerbefehl hinzuweisen. (LINNERT (Marketing, 330 f.) spricht alsdann von "Produzentenbindungen"; vergl. zur "Begrenzung des Händlerkreises auf Veranlassung Dritter" auch SCHEUFELE, Selektive Distribution, 6).

II. Die Stellung des Produzenten

1. Vorzüge selektiver Vertriebssysteme

a) Im absatzwirtschaftlichen Bereich

aa) Marketing-politische Steuerung des Zwischenhandels

Indirekter Vertrieb birgt das vertraute Problem, mit der vom Hersteller geplanten Absatzleistungskonzeption unbeschadet an den Endverbraucher zu gelangen, also ihrer Vereitelung oder Gefährdung durch widerspenstiges Händlerverhalten vorzubeugen.[10] Selektivvertrieb ermöglicht – als Ersatz für eine vertikale Vorwärtsintegration[11] – die gewünschte Lenkung der Verteilerkanäle.[12]

Bereits bei der Zusammenstellung des Vertriebsnetzes kann der Produzent ungeeignete Abnehmer fernhalten. Mittels gezielter Auslese (als Präventivvorkehr) wird für eine ausschliessliche Belie-

10 Zur Problemkonstellation äussert SUNDHOFF (Absatzbindungen, 501) was folgt: "Ganz anders ist aber die Lage, wenn die Ware mehrere Märkte passieren muss, um vom Erzeuger zum Konsumenten zu gelangen. Auch dann ist der Fabrikant selbstverständlich vom Verbraucher abhängig, da dieser allein als originärer Verbraucher auftritt, wohingegen die Nachfrage von Einzel- und Grosshändlern lediglich derivativen Charakter hat und infolgedessen wenig manipulierbar ist. Nur ergeben sich dann die Reaktionen des Konsumenten nicht bloss als Antwort auf das Verhalten des Herstellers, sondern auch der Händler. Je nachdem wie diese ihren Absatzprozess gestalten, können die Absichten des Fabrikanten unterstützt oder durchkreuzt werden. .... Die Erwartungen, von denen ein Konsumgüterfabrikant bei seiner Planung ausgehen kann, werden also um so ungewisser, je selbständiger die eingeschalteten Grosshändler und insbesondere die Einzelhändler ihre eigene Absatzpolitik betreiben...".

11 Als *Alternativen* lenkbarer Vertriebswege stehen dem Hersteller natürlich – *im Rahmen des Direktabsatzes* – verschiedene Formen vertikaler Vorwärtsintegration offen, wie die Gründung von Zweigniederlassungen oder Filialen, Verkauf durch Reisende oder Versandhandel, Einsetzung von Handelsvertretern oder Kommissionären usw. (Vergl. etwa SÖLTER, Alleinvertriebsbindungen, 11, DÜESBERG 465, SUNDHOFF, Absatzbindungen, 502 f.).

12 Vergl. auch ULMER, Vertragshändler, 1, KARTTE 57, LEITHERER 57 und BELKE, Geschäftsverweigerung, 216.

ferung von Händlern gesorgt, die sich in die Marketingwelt des Herstellers einfügen. Selektionspolitisches Grundanliegen ist letztlich die *Gleichrichtung der Absatzstrategien von Erzeugung und Handel.*[13] Mit dieser Standardisierung der Aufnahmebedingungen gewährleistet man zugleich ein einheitliches Leistungsprofil unter den Vertriebsstellen.

Um zu verhindern, dass Abnehmer nach ihrer Eingliederung in die Absatzorganisation ausbrechen, bindet sie der Hersteller durch ein Netz von Vertragshandelspflichten fest. Sie garantieren, dass sich der Händler an die ursprünglichen Selektionsbedingungen während des gesamten Leistungsaustausches hält. Damit wird die vertriebspolitische Unterordnung auch vertraglich (auf Zeit) abgesichert.[14]

Der Produzent kann auf verschiedene Marketing-Instrumente des Zwischenhandels einwirken. So prägt er beispielsweise dessen *Sortimentspolitik.*[15] Denn er weiss, dass für den Absatz der eigenen Leistungen viel davon abhängt, in welcher Sortimentsumgebung diese präsentiert werden.[16] Je nach seiner distributionspolitischen Zielformel wird er auf eine Einengung oder auf eine Ausdehnung der Warenangebote hinwirken.[17] Sortierungsschranken sollen die Abnehmer anhalten, verstärkt sich um den Verkauf der Vertragsgüter zu bemühen. Dies erreicht der Hersteller zumal mit

13 Über die Bedeutung dieser Konkordanz SOMMER (157 f.): "Die absatzmethodische Entscheidung des Herstellers ist dann richtig, wenn seine eigene, dem Selbstimage des anzusprechenden Konsumentenkreises angepasste Marketing-Konzeption mit derjenigen des Absatzmittlers zielgerecht übereinstimmt. Die anzustrebende Zielgleichheit beider Marketing-Konzeptionen ist das Kriterium des Herstellers für die Wahl des Absatzweges und der damit verbundenen Wahl der Betriebsformen, in denen die Produkte an den Verbraucher abgesetzt werden sollen."

14 Einlässlicher über den Verbund zwischen Selektion und Vertragswerk hinten 150 f.

15 Zum Selektionskriterium "Händlersortiment" vorn 100 f.

16 Vergl. SUNDHOFF, Absatzbindungen, 495, ULMER, Absatzbindungen, 27 sowie den Vermerk der Kommission im Metro-Urteil 1888; ausführlich FLACH 72 f.

17 Vergl. BERSUCH 76 f. und SUNDHOFF, Absatzbindungen, 495 f.

einer Drosselung des Inter-brand-Wettbewerbs in den Händlersortimenten, indem er seinem Verteilernetz (mittels Bezugsbindungen für Fremdwaren[18]) den Vertrieb von Konkurrenzerzeugnissen untersagt.[19] Dem Anbieter eines breiten und tiefen Leistungsprogramms muss kehrtum daran gelegen sein, dass dieses vollständig in den Absatzstellen Aufnahme findet. Um einer Beschränkung auf ausgewählte "Verkaufsschlager" zuvorzukommen, verpflichtet er den Händler auf die Führung des gesamten Produkteprogramms.[20] Mit dieser Bindung[21] wird sichergestellt, dass seine Waren den Konsumenten in der vorgesehenen firmeneigenen Sortimentszusammensetzung erreichen.[22]

Immer wieder stösst man auf vom Hersteller geleitete *Werbekooperation.*[23] Der Handel wird eingespannt zur akquisitorischen Eroberung der Verbraucherschaft. Man kennt die Vorschriften, Werbeanstrengungen des Produzenten (auch finanziell) zu unter-

18 Der Bindungstypus ist näher erläutert hinten 187 f.

19 In einigen Branchen bildet diese Sortimentsstraffung den Angelpunkt der Distributionsregelung. Dies betrifft vor allem den Automobilabsatz (vergl. etwa die Auseinandersetzung mit den Vorschriften einzelner Hersteller bei LANG 129, 141 und 155), aber auch den Bier- und Benzinvertrieb. (Vergl. KRASSER 11, 44 und 121; zum Inhalt der Tankstellenverträge KOEBLE 9 f. und SCHLUEP, Innominatverträge, 95 f.; zur Bierverteilung (mit viel Literatur) ULMER, Vertragshändler, 50 f.).

20 "Nur in den wenigsten Fällen kann das Vorhandensein... starker Präferenzen für das gesamte Verkaufsprogramm unterstellt werden. Aus diesem Grund muss der einzelne Hersteller bestrebt sein, einen möglichst grossen Teil seines Verkaufsprogramms bei den Wiederverkäufern zu plazieren, da nur auf diese Weise erreicht werden kann, dass die Randartikel seines Programms in grösstmöglichem Masse von der akquisitorischen Wirkung besonders verkaufsstarker Produkte seines Programms profitieren." (LINNERT, Marketing, 407 f.).

21 Vergl. darüber auch hinten 205 f.

22 Ein eigenständiges Mittel zur Durchsetzung von breiten Bezügen stellen die "Sortimentspackungen" dar. (Vergl. FLACH 92 f.).

23 Die Werbepolitik gibt bekanntlich ein besonders fruchtbares Feld vertikaler Kooperation ab. (Statt vieler BIDLINGMAIER, Marketing, Bd. 1, 175) – Beispielhaft ist die Aufteilung von Werbefunktionen etwa im schweizerischen Nähmaschinenabsatz. (WULLSCHLEGER 33 f.) – Vergl. im Kontext ferner HINTERMANN 112 f., STUMPF 34 f. rsp. 91 und SUNDHOFF, Absatzbindungen, 494.

stützen oder Teilfunktionen selber (nach dessen Richtlinien) zu übernehmen.[24] Verschiedenes kann nach dem Pflichtenheft geschuldet sein: von der Hilfe bei der Drucksachenverteilung über die Mitwirkung bei Messen und Ausstellungen[25] bis zu eigenen Werbemittelentwürfen.[26] Zugleich erleichtern die netzweiten Vertragsbindungen die Durchsetzung einer einheitlichen Werbestrategie. Dem Konsumenten wird mithin ein homogenes Marken- und Firmenimage vermittelt.[27] Neben Förderungspflichten muss der Absatzmittler auch (räumliche) Beschränkungen seiner Werbetätigkeiten erdulden. Sie weisen ihm meistenteils ein Vertragsgebiet zur ausschliesslichen akquisitorischen Bearbeitung zu. Der Hersteller erstrebt mit diesen Klauseln[28] eine regionale Steuerung des händlerischen Reklameeinsatzes.[29]

Sachlich eng verknüpft mit der werbepolitischen Einflussnahme[30] ist diejenige auf *Ausstattung und Einrichtung.*[31] Die produktspezifischen Erfordernisse bestimmen die Zielrichtung: Im Absatz von Gütern des gehobenen Bedarfs (insb. von Prestigeartikeln) überwacht der Hersteller, dass die Vertragswaren der Einzelhandel auch in der gebührlichen "Kaufambiance" anbietet. Vor allem auf Geschäftsausstattung in Luxus legt er Gewicht, aber

24 Zu den einzelnen Werbebindungen eingehender hinten 206 f.

25 Die Beteiligung an Messen ist in einigen Branchen geläufiger Regelungsgegenstand. (Vergl. Art. 4 des VDMA-Vertragsentwurfes bei STUMPF/LÖSCH 61, SÖLTER, Alleinvertriebsbindungen, 12, STUMPF 35 f. und WULLSCHLEGER 73 f.).

26 Vergl. SUNDHOFF, Absatzbindungen, 494, SÖLTER, Alleinvertriebsbindungen, 12, KOEBLE 14 f., ULMER, Vertragshändler, 112 sowie § 8 Abs. 1 des Pfaff-Händlervertrages bei SCHENK/VÖLK 95.

27 Vergl. z.B. die standardisierten Vorschriften über Bezeichnung und Markierung von Geschäftslokalen hinten 207, insb. Fn. 251.

28 Akquisitionsverbot und ähnliche.

29 Einzelheiten hinten 207 f.

30 Man mag Einrichtung und Ausstattung als Werbemittel in einem weiteren Sinne ansehen. (Vergl. LANG 215 und MÜLLER-FEMBECK 6).

31 Zur entsprechenden Händlerselektion vorn 98 f.

auch auf gehaltvolle Präsentation der Waren und sorgfältige Bedienung bzw. Beratung.[32] Vorschriften können ergehen über bauliche Ausgestaltung, Innendekors, Verkaufsfläche, Mobiliar, Personal usw.[33] Verkoppelt mit Sortimentsanweisungen mögen diese Einrichtungsbindungen durchaus Franchising-Charakter annehmen.[34] Wer technologische Problemgüter vertreibt, sorgt sich um die zu Reparatur- und Wartungsdiensten nötige Ausrüstung der Absatzstellen. Er wird namentlich einen Minimalstandard der technischen Einrichtungen fordern.[35]

bb) Homogenität und Kontrollerleichterung im Vertriebsnetz

Jede vertragliche Vertikalintervention hat ersichtlich nur Sinn, wenn sie gebündelt gegenüber allen belieferten Händlern vollzogen wird. Die marketing-politischen Vorkehren finden daher netzumspannend Anwendung. Diese Gleichschaltung der Abnehmer gewährleistet dem Hersteller ein *homogenes absatzwirtschaftliches Leistungsniveau.* Mithin wird der "Verzicht auf die Ausschöpfung aller Vertriebswege.....aufgehoben durch die Überschaubarkeit und Einheitlichkeit des Vertriebsnetzes...".[36] Wiederholt vernimmt man in diesem Zusammenhang auch das Argument der Marktpflege mittels solcher Absatzmethoden: Die heute herrschende Massenproduktion erfordere einen gesicherten und konti-

32 Vergl. – mit Fundstellen – auch hinten 203.

33 Vergl. LÖWISCH 52, ULMER, Vertragshändler, 111 f., MAYERLE 23, NIENS 53 sowie das Beispiel bei SCHENK/VÖLK 35.

34 SCHULTHESS (49 f.) zeigt die Möglichkeit auf, *Selektivvertrieb* durch zusätzliche Dienstleistungen *in Franchising-Systeme umzuwandeln.*

35 Die entsprechenden Händlerbindungen werden hinten 203 f. erläutert.

36 NIENS 51.

nuierlichen Verkauf, langfristige Vorausplanung und sorgfältige Marktbeobachtung, Desiderate, die alleinig eine "Ordnung der Vertriebswege"[37] zu verwirklichen vermöchten.[38]

Selektivvertrieb *erleichtert* ausserdem die *Überwachung des Händlerverhaltens.*[39] Denn jede Straffung des Abnehmerkreises vermindert die Zahl der Kontrollobjekte.[40] Weniger Aufwand bereitet dazu die Homogenität im Netz. Gleichrichtung der Absatzleistungen heisst nämlich Gleichrichtung der Kontrollbedingungen und erlaubt den Einsatz standardisierter Nachprüfungsmethoden.[41] Schliesslich kann der Hersteller im Rahmen der Kooperationsbeziehungen den Handel selber mit Kontrollfunktionen (z.B. hinsichtlich der Einhaltung seiner Selektionsanweisungen) betrauen.[42]

Gegenstand der Überwachung sind die den Abnehmern aufgeladenen Vertragshandelspflichten. Im Vordergrund steht die Einhaltung des autorisierten Warenflusses und damit der Schutz vor dem Grauen Markt.[43] Zu beaufsichtigen sind aber auch all die geforderten Absatzleistungen.[44]

37 MARTINO 89.

38 Bezeichnend etwa SÖLTER, Universalvertrieb oder Selektivvertrieb, 308; im gleichen Sinne ders., Vertriebsbindungen, 19, FLIGGE 246, NIENS 51 und MARTINO 89.

39 Vergl. KOTLER 563, BERSUCH 144 und LEITHERER 57; für das Franchising SCHULTHESS 68; a.M. offenbar SÖLTER, Universalvertrieb oder Selektivvertrieb, 316.

40 Auf geringere Kontrollanstrengungen im Exklusivvertrieb verweisen namentlich BELL 461, STANTON 366, BECKMAN/MAYNARD/DAVIDSON 634 und WINKEL 21.

41 Exemplarisch sind gewisse Kontrollsysteme der deutschen Automobilindustrie. (Vergl. LANG 130 f. und 150 f.).

42 Vergl. SCHEUFELE, Selektive Distribution, 5 f. sowie die Übersicht über die Kontrollpflichten in den Händlerverträgen hinten 212.

43 Zum letzteren auch MELLEROWICZ, Alternativen zur Preisbindung, 200, WINKEL 21 und FLIGGE 246.

44 Vergl. die Aufzählung bei BECKMAN/MAYNARD/DAVIDSON 624.

cc) Verbesserung der vertikalen Kooperation

Die Verschachtelung von Absatzfunktionen verlangt ein Mindestmass an Kooperation zwischen den Marktstufen. Abnehmerbeschränkung und Selektivvertrieb sind einer solchen vertikalen Zusammenarbeit[45] förderlich.[46] In den Worten eines Praktikers: "Ein sauberes, klares Vertriebssystem vom Hersteller zum Handel und vom Handel zum Verbraucher ist eine der wirksamsten Formen vertikaler Kooperation..."[47]

Das Zusammengehen wird einmal erleichtert durch *intensivere Kontaktpflege* in den Absatzkanälen. Diese ist abermals das Ergebnis der Kundenauslese.[48] Offenkundig lässt sich mit einer beschränkten Händlerschar leichter Tuchfühlung halten. Kooperationsfördernd wirkt zudem der *fachliche Leistungsstandard* der Abnehmer. Der durch Vertikalsteuerung herbeigeführte Einklang zwischen den Marketing-Konzepten von Produzent und Handel verbessert die Vertrauensunterlage.[49] Zur Zusammenarbeit halten auch die *zeitlichen Rahmenbedingungen* des Selektivvertriebs an:

45 Genauer handelt es sich – den Regelfall der herstellerischen Marketingführerschaft unterstellt – um eine *vertikale Vorwärtskooperation.* (Vergl. SÖLTER, Vertikale Kooperation, 428) Weitere Beispiele der vertikalen Vorwärtskooperation bei SÖLTER, Kooperationspolitik, 243 f.; vergl. auch BIDLINGMAIER, Kooperation, 1137 f.

46 Auf die Zusammenhänge zwischen Selektions- und Kooperationspolitik verweisen insb. TIETZ, Marketing I, 1371, HEMPEL 161, SÖLTER, Neue Vertriebswege, 523, BECKMAN/MAYNARD/DAVIDSON 625, STANTON 366 und SUNDHOFF, Absatzbindungen, 501. – Nach DUNCAN führen Hersteller gerade deshalb selektiven Vertrieb ein, weil "it permits them to choose dealers who will work closely with them." (DUNCAN D.J., Selecting a Channel of Distribution, in: CLEWETT R.M., (editor), Marketing Channels for Manufactured Products, Homewood 1954, zit. nach GEIST, Selektive Absatzpolitik, 30).

47 So der Verkaufsleiter einer grossen deutschen Weinbrennerei. (FLIGGE 246).

48 Ebenso BERSUCH 144 und KOTLER 563.

49 Dieses *Vertrauensverhältnis* betonen vor allem RITTNER, Beschränkung, 204, SÖLTER, Kooperationspolitik, 243 und ders., Vertriebsbindungen, 22.

Der Leistungsaustausch erschöpft sich nicht in einem einmaligen "hand to mouth"- Geschäft, sondern ist grundsätzlich auf Dauer angelegt.[50]

Verschieden sind im Einzelfall die *Intensitätsgrade*[51] der Kooperation. Beim einen Vertriebssystem mag die Zusammenarbeit lose gehalten sein und im Erfahrungsaustausch oder in der gemeinschaftlichen Informationsbeschaffung auslaufen. Je nach der Funktionsaufteilung[52] kann aber die Kooperationsdichte beträchtlich anwachsen. Man denke an Marketing-Bereiche wie Werbung, Kundendienst und Marktforschung, die zumal im Exportabsatz[53] eine Mithilfe des Händlers erforderlich machen.[54] Nicht selten begegnet man gar einer Durchsetzung des Selektivvertriebs mit franchising-ähnlichen Elementen.[55]

dd) Gesteigerte Verkaufsanstrengungen der Händler

Wie jeder andere Distributionsweg hat auch der selektive Vertrieb als gewinnbringende Absatzkonzeption zu bestehen. Ihm liegt eine Politik der *"Absatzförderung durch Absatzstraffung"*[55a]

50 Vergl. ULMER, Vertragshändler, 154, KLEEMANN 1631, GNEHM 134 und SUNDHOFF, Absatzbindungen, 503; für den Automobilvertrieb SCHMITT 77 f., für den Nähmaschinenabsatz WULLSCHLEGER 103 f.

51 Zu den Intensitätsgraden der Kooperation im allgemeinen SCHLUEP, Unternehmenskonzentration, 298 f., KNOBLICH 509 f., RÜHLE VON LILIENSTERN 1967, FISCHER, Konzentration, 123 f.

52 Über den Zusammenhang zwischen Intensität der Bindung und den betroffenen Funktionen vor allem FISCHER, Konzentration, 123 f.

53 Vergl. zum selektiven Exportvertrieb vorn 90 f.

54 Die Kooperation kann in sehr *unterschiedlichen Formen* spielen. Vergl. als Beispiele SABA-Entscheid 20 (Mitsprache bei der Produktionsplanung), LANG 130 f. und 144 f. (Betreuung durch Werksaussenorganisation des Herstellers), SCHENK/VÖLK 31 Fn. 32 (Fragebogenaktion) und NIENS 90 (umfassende Information, Beratung und Schulung durch den Produzenten).

55 Vergl. SUNDHOFF, Absatzbindungen, 503.

55a SÖLTER, Universalvertrieb oder Selektivvertrieb, 304.

zugrunde. Verkaufserfolge stellen sich nicht zuletzt deshalb ein, weil die Beschränkung der Abnehmer auf den akquisitorischen Einsatz der belieferten sich auswirkt. Händler in selektiven Vertriebssystemen bekunden oftmals grössere Absatzanstrengungen.[55b] "In general it may be said that the more selective the pattern of distribution is, the greater the selling effort expected by the manufacturer from his dealers."[56] Der Produzent kann Verkaufsbemühungen zur Vertragsbindung machen, sei es lediglich als deklarative Absatzförderungs-,[57] sei es als zahlenmässig ausgekleidete Mindestabnahmepflicht.[58]

Zwei Gründe halten den Händler zu besonderer Pflege des Vertragswarenvertriebs an: Einerseits erhöht sich mit wachsendem Selektionsgrad der Anteil der einzelnen Verteilerstelle am Gesamtumsatz.[59] Andererseits verkleinern grossmaschige Vertriebsnetze die Streuverluste bei akquisitorischen Aufwendungen.[60]

55b Vergl. BECKMAN/MAYNARD/DAVIDSON 624, STANTON 366, BERSUCH 143, SÖLTER, Universalvertrieb oder Selektivvertrieb, 304, ders., Neue Vertriebswege, 523, SCHWANKE 40, ULMER, Vertragshändler, 158, LANG 43 f., KOTLER 564.

56 MC NAIR/HANSEN 184.

57 Vergl. hinten 164 f.

58 Näheres hinten 168 f.

59 Vergl. RITTNER, Beschränkung, 201, BERSUCH 143; ebenso für den Alleinvertrieb MAYERLE 27 und SÖLTER, Alleinvertriebsbindungen, 15.

60 Im Zusammenhang mit dem Alleinvertrieb WINKEL 15; einlässlicher hinten 141.

ee) Verbesserte Vorausdisposition und Absatzplanung

"Richtig zu disponieren ist für den Unternehmer die Grundlage eines ordnungsgemäss organisierten Warenverkehrs."[61] Auf diese Weisheit mag sich der Produzent besinnen, wenn er seine Erzeugnisse in kooperativen Kanälen absetzt. Selektiver Vertrieb im besonderen gestattet ihm verbesserte Voraussicht und Verkaufsplanung.[62] Ursächlich hiefür ist vor allem der *konstantere Warenfluss zwischen Hersteller und Händler.* Die informelle Zusammenarbeit mit dem Verteilernetz und der langfristig konzipierte Leistungsaustausch erleichtern stabile Absatzverhältnisse. Sie verhindern den Niederschlag kleinster Absatzschwankungen in den Güterbewegungen und sorgen mithin für "einen gleichen Rhythmus zwischen Produktion, Verteilung und Bedarf."[63]

Verschiedene Vertragshandelsbindungen zielen gerade darauf ab, dem Hersteller die Grundlagen seiner Absatzplanung zu vervollkommnen. Neben den Marktforschungs- und -beobachtungsklauseln[64] sind die Vorausdispositionspflichten erwähnenswert. Sie vermitteln eine Überschau über die im Netz gehegten Umsatzerwartungen und damit über die Stellung der Produkte im Endverbrau-

61 HESSEL G., Absatzplanung, in: ME, Bd. 1, 7 – Zum Erfordernis langfristiger Planung unter den Produktionsbedingungen der Massenfertigung (statt aller) DRUCKER, Bd. 1, 196 f. – Zur Marketing-Planung im besonderen HILL, Bd. 1, 17 f., SOMMER 39 f., ALBRECHT 121 f., THUMMEL 2 f.; ferner PÜMPIN C.B., Langfristige Marketing-Planung, Konzeption und Formalisierung, Diss. St. Gallen, Bern 1968 und HÖFNER K., Marketing-Planung, in: Marketing-Enzyklopädie, Bd. 2, München 1974, 659 f.

62 Für den Alleinvertrieb MARTINO 90, KLEEMANN 1631, DERINGER, AVV mit Gebietsschutz, 136, MAYERLE 25, RUHWINKEL 24, SÖLTER, Vertriebsbindungen, 23, BELL 461, DÜESBERG 470, SCHWANKE 40 und WINKEL 28.

63 SÖLTER, Vertriebsbindungen, 23; ebenso DERINGER, AVV mit Gebietsschutz, 130, WULLSCHLEGER 104, SCHRICKER 538 und BELKE, Geschäftsverweigerung, 216.

64 Vergl. hiezu BELKE, Geschäftsverweigerung, 216 und SÖLTER, Vertriebsbindungen, 23 f.

chermarkt.[65] Besondere Wirksamkeit gewinnt die Bestellungsplanung im Verbund mit Mindestabnahmeklauseln, weil diese mit festbestimmten Einkaufsvolumen zu rechnen erlauben.[66] Für flüssigere Händlerabnahmen sind gleichfalls (quantitative) Lagerhaltungsvorschriften besorgt. Kurzfristige Bedarfsschwankungen machen nicht sogleich eine Anpassung der Produktionsraten nötig, sondern lassen sich durch Belastung der händlerischen Lagerbestände überbrücken.[67]

ff) Förderung der Prestige- und Exklusivwirkung

Wie man weiss, werden die Verbraucherbedürfnisse nicht alleinig von objektiven Gegebenheiten (wie Preis, stoffliche Beschaffenheit der Waren usw.) geprägt.[68] Längst ist der Gebrauchswert eines Gutes nicht mehr ausschliessliches Kaufmotiv des Verbrauchers.[69] Wer nach *Individualitätsverwirklichung durch Konsum* strebt, wird in seinen Kaufentscheid auch (und besonders) imma-

65 Vergl. ULMER, Vertragshändler, 113; ferner ders., Stellung, 63, RENZ 9, BUDCZIES 9 und MAYERLE 25 – Ebenso hält der Europäische Gerichtshof fest, "dass der Abschluss von Lieferverträgen für einen Zeitraum von einem halben Jahr und unter Berücksichtigung des voraussichtlichen Wachstums des Markts es ermöglichen soll, in der Versorgung mit den betroffenen Erzeugnissen eine gewisse Beständigkeit... zu gewährleisten und zugleich durch die verhältnismässig kurze Dauer der Lieferverträge ein Mass an Flexibilität zu sichern, das es gestattet, die Produktion den wechselnden Bedürfnissen des Marktes anzupassen." (Metro-Urteil 1915) – Bedeutsam sind solche *frühzeitigen Händlerdispositionen* bei Erzeugnissen mit langer Durchlaufzeit oder mit starken saisonalen rsp. regionalen Schwankungen. Man begegnet ihnen besonders häufig im Automobilvertrieb. (Vergl. z.B. Art. 5.1. des BMW-Vertrages bei SCHMITT 381 und Art. 7 des Grosshändlervertrages bei SCHENK/VÖLK 103 sowie LANG 126 f. und 139 f.).

66 Wie hier auch die Kommissionsausführungen im Urteil Metro 1887und STUMPF, Vertragshändlervertrag, 48. – Zu dem gleichgerichteten Auswahlkriterium vorn 94, zu den Vertragsbindungen im einzelnen hinten 168 f.

67 Vergl. auch vorn 104 (Selektion nach der quantitativen Lagerhaltung).

68 Vergl. insb. zum Preis BERGLER 46.

69 NIENS 59 f.

terielle Wertgesichtspunkte einfliessen lassen. Markenartikelhersteller knüpfen deshalb daran an, "dass weite Konsumentenkreise und -schichten nach Produkten verlangen, die über die Sicherung des Elementarbedarfs hinaus geeignet sind, Prestigebedürfnisse, Wünsche der Selbstdarstellung, der persönlichen Differenzierung und sozialen Aufwertung, ästhetisches Empfinden, Sehnsucht nach Abwechslung, nach dem Anspielen bestimmter Erlebnishorizonte und aktueller Leitbilder zu befriedigen..."[70] Mithin geht es um die Vermittlung des *Zusatznutzens* (im Sinne VERSHOFEN'S).[71]

All diese *immateriellen Konsumbedürfnisse,* namentlich aber das Streben nach einem Exklusiv- und Prestigeerlebnis beim Einkauf lassen sich vorzüglich im selektiven Vertrieb erfüllen.[72] Denn einmal ist belangvoll, dass der renommierte Artikel von einer stark beschränkten Händlerschar angeboten wird.[73] Überallerhältlichkeit würde seinen Nimbus arg zerrütten. Der "Verbindung der gediegenen Ware mit dem gediegenen Geschäft"[73a]) wegen muss es aber auch auf die Beschaffenheit der Absatzstellen ankommen. Der Hersteller bemüht sich, in den Absatzkanälen ein auf das erstrebte Konsumerlebnis zugeschnittenes Klima zu verwirklichen.[74]

70 SCHRICKER 537.

71 Vergl. zum Thema der immateriellen Konsumbedürfnisse (für viele) SCHRICKER 536 f. und STEINMANN 220 f.; über das konsumrelevante *Sozialprestige* insb. WISWEDE 156 f. – Näheres zum ganzen hinten Bd. 2, 289 f.

72 Denkbar ist auch entsprechend gestalteter Direktabsatz. (Zum Direktabsatz von Luxusgütern COLTZAU 13 f.).

73 Ebenso LEITHERER (57): "Die Zielsetzung eines Herstellers, seinem Produkt ein luxuriöses Image zu geben, wird zumindest eine Selektion nötig machen." – Vergl. ebenfalls KRASSER 13, BERSUCH 164 und ULMER, Stellung, 64; für den exklusiven Vertrieb KOTLER 563, MAYERLE 27 und BENEDICT 154.

73a NIENS 52.

74 Vergl. auch FORRESTER 20, MAYERLE 27, RITTNER, Beschränkung, 202, MELLEROWICZ, Alternativen zur Preisbindung, 198, MÜLLER-FEMBECK 6 und NIENS 52.

Er sucht sich zu diesem Zwecke nur Händler aus, die die vom Verbraucher gewünschte Kaufatmosphäre anbieten,[75] stellt selektionspolitisch also vor allem Geschäftsausstattung, Warenpräsentation und Bedienung heraus.[76] Zumeist werden diese Vertriebseigenschaften überdies vertragsrechtlich abgesichert.[77]

gg) Erhöhte Qualitätsgarantie und verbesserte Kundendienstleistungen

Die qualitätspolitische Vorsorge des Herstellers erschöpft sich nicht in der Produktion, sondern muss auf den Absatzbereich übergreifen. Denn wertlos ist es, ein Produkt von hoher Güteklasse zu erzeugen, wenn diese hinterher in den Vertriebsketten verloren geht.[78] Wichtigste Vorkehr einer *"Qualitätspflege ausser Haus"* bildet für den Hersteller die Absicherung von Waren- und Kundenbetreuung im Netz. Hiezu gehört sowohl eine qualitativ ausgerichtete Selektion wie auch die Überbindung gleichzielender Vertragshandelspflichten.[79]

75 "Weiss nun ein Markenartikelhersteller, dass seine Erzeugnisse von der Verbraucherschaft als Prestigegüter angesehen werden (oder will er erreichen, dass sie als solche gewertet werden), so muss er sein absatzpolitisches Instrumentarium danach ausrichten: Er wird sich lediglich solcher Absatzmittler für den Verkauf seiner Erzeugnisse bedienen, deren Kundenstamm der Struktur der Letztabnehmerschaft, die für sein Erzeugnis in Betracht kommt, am besten entspricht, oder anders ausgedrückt: Dem Niveau von Produkt- und Konsumententyp muss der eingeschaltete Einzelhandelstyp angepasst sein." (NIENS 60) – Im gleichen Sinne SCHRICKER 538.

76 Vergl. vorn 99.

77 Vergl. hinten 203.

78 Vergl. RITTNER, Beschränkung, 202.

79 Zu der Selektion nach Kundendienstleistungen vorn 101 f.; zu den diesbezüglichen marketing-politischen Bindungen hinten 203 f.

Breitgestreut sind die dem Händler im Einzelfall abverlangten Kundendienstleistungen.[80] Sie haben bereits vor dem Kaufabschluss einzusetzen bei erklärungs- und beratungsbedürftigen Erzeugnissen.[81] Solcher *"Before-Sale-Service"*[82] vermittelt zur Hauptsache Produktinformationen und soll dadurch Warenvergleich (und Konsumentscheid) erleichtern. Er umfasst – neben der Vorführung der Vertragsgüter – namentlich eine Beratung bezüglich Verwendungszweck, Qualität, Leistung, Bedienung, Unterhalt usw.[83] All dies kann nur besorgen, wer über hinreichendes Fachwissen verfügt. Hersteller von Problemerzeugnissen legen ihre Händler darum gern auf Besetzung der Verkaufsabteilung mit geschultem Verkaufspersonal fest.[84]

Umfang- und aufwendungsreicher gestaltet sich der *"After-Sale-Service"*.[85] Ihm gehören Garantieleistungen zu, will heissen die unentgeltliche Behebung[86] innerhalb der Garantiefrist auftretender Mängel. Vor allem haben die Abnehmer Service- und Repara-

80 Dem eigenständigen absatzwirtschaftlichen Instrument des *Kundendienstes* (so KONRAD 16 f.) werden zugeordnet alle Leistungen, "die vor oder nach dem Kauf erbracht werden und dem Abnehmer helfen, vollen Nutzen aus dem gekauften Gut zu ziehen." (HILL, Bd. 2, 208) – Über Begriff und Bedeutung des Kundendienstes vergl. (als Auswahl) KOCH, Grundlagen und Technik des Vertriebs, Bd. 1, 703 f., SUNDHOFF, Absatzorganisation, 31 f., WÖHE 471 f., MATTMANN 64 f., THEISEN 1155 f.; umfassend BENNEWICZ 46 f. und KONRAD 4 f.

81 Die produktspezifischen Determinanten sind abgehandelt vorn 75 f.

82 So HAX, Vertikale Preisbindung in der Markenartikelindustrie, 122, NIENS 43. – MEFFERT (382) rechnet ihn nicht den eigentlichen Kundendiensten zu.

83 Eingehender wird der "Before-Sale-Service" auseinandergesetzt von NIENS 43 f.

84 Vergl. etwa § 3 Abs. 2 Ziff. 3 des Pfaff-Händlervertrages (bei SCHENK/VÖLK 93), Art. 6.2. des BMW-Direkthändlervertrages (bei SCHMITT 382).

85 NIENS 45 f.

86 Sie kann in einer Lieferung neuer Teile, in einer Reparatur beim Kunden oder in einer solchen beim Produzenten bestehen. (Vergl. GROSS, Garantieleistungen, 1291 f.) – Die Kosten werden in aller Regel vom Hersteller erstattet. (Vergl. die eingehende Regelung in Art. 10 des Automobilgrosshändlervertrages bei SCHENK/VÖLK 104, MAYERLE 23, STUMPF 53 und GROSS, Garantieleistungen, 1288 f.).

turstellen aufzubauen. Selektionspolitisch kann der Produzent dabei vor dem Dilemma zwischen zu "milder" Qualitativauslese und übermässig verdünnten Kundendienstnetzen stehen.[87] Im einzelnen verlangen wird er die Einstellung einer Werkstattbelegschaft mit der nötigen Sachkunde[88] sowie deren Aus- und Weiterbildung. Er veranstaltet mitunter – für Händler rsp. Personal – Schulungs- und Instruktionskurse.[89] Andere Weisungen ergehen mit Bezug auf die technische Ausrüstung, [90] die zu verwendenden Werkzeuge[91] und die Ersatzteilversorgung.[92]

Dienst am Kunden leistet auch die *Lagerhaltung* der Verkaufsstützpunkte. Fachmännische Einlagerung verhindert Qualitätsverluste vor dem Verkauf; Mindestvorräte kürzen die Lieferfristen ab. Auf beides wird der Hersteller im Selektivvertrieb achthaben.[93] Anordnungen über Lagerbestände gelten sowohl Fertigprodukten wie Ersatzteilen.[94]

87 Zur erforderlichen *Dichte des Kundendienstnetzes* BENNEWICZ 194; KONRAD (76 f.) im besonderen streicht die Bedeutung der Schnelligkeit in der Auftragserledigung heraus.

88 Vergl. auch vorn 103.

89 Vergl. STUMPF 52, ULMER, Vertragshändler, 113, MAYERLE 23, STUMPF/LÖSCH 63 Fn. 14 und ERBSLÖH 114 f.; eindrücklich das Beispiel bei NIENS 54 Fn. 126. – Bildungsaufgaben können auch an den Grosshandel delegiert werden. (Über Information und Beratung des Einzelhandels durch den Grosshandel MINNINGER 220 f. und BATZER 1455).

90 Vorn 78 f.

91 Teils wird dem Händler abverlangt, die Spezialwerkzeuge stets der Produktentwicklung des Herstellers anzupassen, teils wird ihm eine entsprechende Bezugsverpflichtung auferlegt. (LANG 126, STUMPF 52 f. und SUNDHOFF, Absatzorganisation, 32 f.).

92 Hauptbeispiel: Order zum ausschliesslichen Bezug von "Original-Ersatzteilen". (Vergl. hinten 189 f.).

93 Über die entsprechende Selektionspolitik vorn 104 f.

94 Exemplarisch Art. 11 des VDMA-Vertragsentwurfs (STUMPF/LÖSCH 63) – Von Belang sind solche Lagerpflichten namentlich im Automobilabsatz. (Vergl. etwa Art. 8 und 9 des Automobilgrosshändler-Vertrages bei SCHENK/VÖLK 103 und Art. 6.1. des BMW-Direkthändlervertrages bei SCHMITT 382).

Käuferpräferenzen können schliesslich günstige *Zahlungs- und Kreditbedingungen* schaffen. Um dem Verbraucher den Erwerb der Vertragsware zu erleichtern, wirken manche Produzenten auf die händlerische Konditionenpolitik[95] ein. Vorgeschrieben ist zumal die Gewährung von Zahlungserleichterungen (Miete-Kauf-Finanzierung, Abzahlungskredite usw.).[96]

hh) Stabileres Preisgefüge auf den Handelsstufen

Die vertikale Intervention lässt oftmals auch die Preispolitik in den Verteilerketten nicht unberührt. Zahlreiche Hersteller wünschen sich stabile Preise, weil Preisschlachten der Geltung der Vertragsgüter abträglich seien und einen Druck auf den Einstandspreis des Handels auslösen könnten.

Der selektive Vertrieb bietet mehrfach Ansätze zu einer *Steuerung der Endverbraucherpreise.* Bereits geschildert wurde die entsprechende Vorkehr einer Meidung kämpferischer Handelsbetriebe.[97] Direkteste Einwirkungsform ist fraglos der Einbau von Preisvorschriften in das Vertragswerk. Selektiver Vertrieb lädt ersichtlich zur Auferlegung von *Preisbindungen*[98] ein, denn die Abnehmerbegrenzung setzt auch den Aufwand für ihre Durchführung herab.[99] Besondere Durchschlagskraft erhält das Preisregime durch eine Koppelung mit Vertriebsbindungen. Sie verhindern,

95 Zur Konditionenpolitik WÖHE 469 f. und LINNERT, Marketing, 302 f.; einlässlich JERUSALEM A., Liefer- und Zahlungsbedingungen, in: Marketing Enzyklopädie, Bd. 2, München 1974, 319 f.

96 Vergl. z.B. den Beschrieb der Absatzfinanzierung im schweizerischen Nähmaschinenhandel bei WULLSCHLEGER 44 f. – Zu Arten und Bedeutung der Zahlungsbedingungen weiter WÖHE 470 f., STÄGER 3512 f. und AHLERT D., Absatzförderung durch Absatzkredite an Abnehmer, Theorie und Praxis der Absatzkreditpolitik, Wiesbaden 1972, insb. 141 f.; zur Konditionenbindung BERSUCH 71 f.

97 Vorn 105 f.

98 Zu den Preisbindungen (kurz) hinten 226.

99 Gl.M. PRÖBSTING 44.

dass die Herstellererzeugnisse (insb. durch Querbezüge) in ungebundene Händlerhände geraten, bürgen folglich dafür, dass der von der Preisstellungsverpflichtung abgedeckte Warenweg tatsächlich eingehalten wird.[100] Lange Zeit waren denn auch vertikale Preisabsprachen in selektiven Vertriebssystemen alltäglich.[101] Erst der im gesamten Gemeinschaftsraum verschärfte Zugriff der nationalstaatlichen Kartellregeln hat die Preisbindungen aus den Vertragshändlerverträgen verdrängt.

An deren Stelle traten vielfach *Preisempfehlungen.*[102] Sie sind ebenfalls in beschränkten Händlernetzen leichter einzuführen und zu überwachen. Trotz der rechtlichen Unverbindlichkeit ist ihre Einhaltung dann gesichert, wenn der Hersteller zusätzlichen Druck auf die Abnehmer ansetzt, vor allem deren Unterbietung mit einem Lieferboykott ahndet. Die Empfehlung (als Vertragssurrogat) entfacht alsdann vertragsgleiche Wirkungen.[103]

Selbst bei Verzicht auf solche förmliche Preisbeeinflussungsmassnahmen zeigt der selektive Vertrieb eine *Tendenz zur Selbstregulierung* einheitlicher Endverbraucherpreise.[103a] Einmal dämpft die begrenzte Absatzstellenzahl den Intra-brand-Wettbewerb. Damit lässt die Versuchung nach, unter dem handelsüblichen Preis-

100 Preisbindungen verpflichten bloss die autorisierten Händler, sind sonach nur im autorisierten Kanal durchsetzbar. Zufolge systemwidriger Lieferungen (Quer-, Rück- oder Sprungverkäufe) können die Produkte in den Sortimenten ungebundener Anbieter auftreten. Dies verhindert nur, wer den Inhalts- zusätzliche Warenlaufbindungen beigibt. (Vergl. MÜLLER-FEMBECK 7 f., LEHMPFUHL 27 f., NIENS 54 f., RENTSCHLER 90, KÖNIG 91, PASTOR 3; ausführlicher KIRSCHSTEIN, Verstärkung, 235 f.).

101 Statt aller ULMER, Vertragshändler, 117, 125 – NIENS (56) bezeichnet die "Sicherung der vertikalen Preisbindung" noch als einen "der wichtigsten Gründe für die Durchführung einer Vertriebsbindung."

102 Vergl. hinten 153 f.

103 BELKE, Geschäftsverweigerung, 9 f., HAX, Vertikale Preisbindung in der Markenartikelindustrie, 192 f., ders., Preisbindungen, 1643, TSCHUMI 19 f. – Näheres zur Steuerung von Vertriebsketten durch *Vertragssurrogate,* insb. durch wirtschaftliche Pressionsmittel, hinten 152 f.

103a Vergl. zum folgenden auch BELKE, Kartellgesetznovelle, 249, ders., Geschäftsverweigerung, 68 f., ders., Kundenbeschränkung, 81 f. und SCHMITT 193.

niveau anzubieten.[104] Ausserdem weisen sämtliche Verteiler – als Folge der netzweiten Vertikalintervention – verwandte Kostenstrukturen auf. Händler mit angeglichenem Betriebsaufwand neigen aber weniger zur Aufzucht von Lockvögeln. Die marketingpolitischen Anforderungen des Herstellers verbieten ihnen eine beliebige Senkung der Handelsspannen.[105]

ii) Herabsetzung der Vertriebskosten

Wie selektive Absatzpolitik im allgemeinen, so kann auch selektiver Vertrieb die Distributionskostenrechnung des Herstellers straffen. Dazu sind die von den einzelnen Händlern (oder Händlergruppen) verursachten Vertriebskosten ihrer Ertragskraft gegenüberzustellen. Ermittelt wird – in Anwendung der Prinzipien der Absatzsegmentrechnung – die Erfolgswirksamkeit jedes Verteilers.[106]

Im besonderen lässt sich mit Abnehmerauslese das *Kleinauftragsproblem* angehen. So mag selektionspolitisch eigens die Bestellgrösse hervorgehoben werden.[107] Auch ohne spezifisch kostenwirtschaftliche Ausrichtung kann Selektivvertrieb die Absatzrechnung vergünstigen. Denn mit der Kundenbeschränkung wächst der Anteil jedes Händlers am Gesamtumsatz mit der Ver-

104 "Aber schon durch die geringere Distributionsdichte, die mit der Händlerauswahl verbunden ist, verliert die Preisunterbietung für den Einzelhändler an Reiz. Denn er hat ja nun keinen Konkurrenten 'um die Ecke', der dasselbe preisgebundene Erzeugnis führt und von dem er sich durch eine niedrigere Preisstellung bei diesem Produkt günstig abheben könnte." (RENTSCHLER 91) - Vergl. ferner BERSUCH 143.

105 Ähnlich wie hier MELLEROWICZ, Alternativen zur Preisbindung, 200, NIENS 55 f., BERSUCH 142, HERMANNS, Lieferverweigerung, 2234.

106 Eingehender vorn 45 f.

107 Für das Brauereigewerbe KOCH (Absatzpolitik, 109): "Eine gewisse Selektion sollte jede Brauerei vornehmen; so müssten zum Beispiel Klein- oder Kleinstaufträge, die keinen gewinnbringenden Umsatz erwarten lassen, oder verlustbringende Kunden auf ihre Notwendigkeit und Berechtigung hin überprüft und die Absatzbemühungen auf gewinnversprechende Geschäfte konzentriert werden."

tragsware. Zufolge des gesteigerten Geschäftsvolumens im einzelnen Austauschverhältnis darf der Hersteller befriedigende Auftragsgrössen erwarten.[108] Hohe Bestellmengen wiederum verbessern die Kundenstruktur und senken die Vertriebskosten.[109]

Verschiedene Posten der "physical distribution" können entlastet werden: Es sinkt der administrative Aufwand für Auftragsbearbeitung und -erledigung.[110] Niedriger fallen die Transportkosten aus, weil Mindestauftragsgrössen die Auslieferung in günstigeren Transporteinheiten zulassen.[111] Mittels Abnahme- und Lagerbindungen des Netzes lassen sich schliesslich die eigenen Lagerhaltungskosten minimieren.

b) In anderen unternehmerischen Bereichen

aa) Ausgeglichenere Produktionsquoten und verbesserte Produktionsplanung

Das vertriebspolitische Ziel der *Schaffung und Aufrechterhaltung konstanter Warenströme* zwischen Erzeugung und Handel[112] schlägt auf den Produktionsbereich zurück. Eine regulierte Händlernachfrage gestattet ausgeglichenere Produktionsquoten einzuhalten. Neben der Mindestbezugs-[113] sind es namentlich die Lager-

108 Vergl. MANN 76, GRAUEL 484 (insb. für die Quantitativselektion), RUHWINKEL 26, RENZ 3, PRÖBSTING 42 f., SCHRICKER 538, SEEBAUER 33 f., BELKE, Geschäftsverweigerung, 216, STANTON 365.

109 LINNERT, Marketing, 344 f.

110 Abnehmerbeschränkung kann dem Hersteller die Verkleinerung seines ständigen Vertriebsapparates ermöglichen. (Vergl. ULMER, Vertragshändler, 158, MAYERLE 25, STANTON 366, RITTNER, Beschränkung, 204).

111 Auf die Transportkostensenkung im exklusiven Vertrieb weisen namentlich BECKMAN/MAYNARD/DAVIDSON (624) hin.

112 Vergl. vorn 122.

113 Illustrativ insb. HINTERMANN 88; vergl. des weitern STUMPF, Vertragshändlervertrag, 47 f.

haltungspflichten, die Verkaufsrückgänge kurzfristig ausglätten.[114] Mit der Belastbarkeit der Händlerlager vermag der Hersteller einen Teil des Produktionsrisikos auf die Absatzmittler zu überwälzen. Die Speicherung in den Verteilerketten erübrigt eine stetige Anpassung des Ausstosses und damit eine immerfort schwankende Kapazitätsauslastung.[115]

Dieselben Bindungen – insb. gekoppelt mit Vorausdisposition und Marktbeobachtung der Abnehmer – *verbessern* zugleich die gesamtunternehmerischen *Planungs- und Kalkulationsgrundlagen.*[116] Möglich machen sie vor allem eine längerfristige Produktionsplanung und die (daran geknüpfte) Produktionsterminplanung.[117] Endlich kann Vertriebswegekooperation dem Aufbau überschüssiger Kapazitäten[118], ja Fehlentwicklungen in der Produktion überhaupt vorbeugen.[119]

bb) Verringerung des finanziellen Risikos

Selektiver Vertrieb steuert zur Herabsetzung des finanziellen Risikos, zumal des *Kreditrisikos* bei.[120] Präventivvorkehr ist bereits eine am finanziellen Leistungsvermögen orientierte Schranke

114 Vergl. SCHMITT 80, WULLSCHLEGER 39 f. und ULMER, Vertragshändler, 112.

115 Über die *Speicherfunktion der Händlerlager* DORN (2076 f.): "Sie steht im Vordergrund des lagerwirtschaftlichen Geschehens. Damit ist jene Funktion angesprochen, die das Lager zu einem Ausgleichs- und Sicherheitsbecken werden lässt, das die Gewähr für eine störungsfreie, möglichst kontinuierliche Produktion... bietet." – Vergl. auch MEYER, Grundzüge, 78 f.

116 Vergl. DÜESBERG 470, SCHULTE-MÄTER 7, BELKE, Geschäftsverweigerung, 216, MARTINO 90, DERINGER, AVV mit Gebietsschutz, 130, MAYERLE 25, RUHWINKEL 24, SÖLTER, Vertriebsbindungen, 23 und WINKEL 28.

117 Vergl. TULLY H., Automatisierung im Betrieb, in: ME Bd. 2, 372 f. (insb. 376 f.).

118 Vergl. RUHWINKEL 24 und ULMER, Vertragshändler, 157.

119 Drastisch SÖLTER, Universalvertrieb oder Selektivvertrieb, 310.

120 Vergl. DERINGER, AVV mit Gebietsschutz, 130, MARTINO 90, STANTON 366, ULMER, Vertragshändler, 158, MAYERLE 25 und BELKE, Geschäftsverweigerung, 216.

der Aufnahme ins Netz.[121] Dazu erleichtern gewisse Vertragsbindungen ein nachträgliches Aufspüren bedrängter Händler. Gemeint sind Pflichten zu Auskunft über Geschäftsgang und Vorlage der Bilanzen sowie ausbedungene Kontroll- und Einsichtsrechte.[122]

2. Gefahren selektiver Vertriebssysteme

a) Umsatzeinbussen

In erster Linie vernimmt man den Mahnruf, mit der Absatzstellenbeschränkung eine unbefriedigende Umsatzentwicklung einzuleiten: Die nachträgliche Selektion könne Einbussen bewirken, die ursprüngliche möglichen Ausweitungen entgegenstehen.[123] Der Einwand verdient Gehör, ist allerdings hinsichtlich der unterlegten Referenzgrösse zu präzisieren. Er misst die Erfolgsbewertung des selektiven Vertriebs (zu Unrecht) ausschliesslich am Umsatz, ist sonach in der Philosophie der Mengenkonjunktur verfangen.[124] Nicht ob Umsatzträger schlechthin, sondern ob *gewinnträchtige* ausfallen, will geprüft sein. Werden nur unergiebige Abnehmer gemieden, zielt der Anwurf ins Leere.[125]

Im besonderen darf nie zum Axiom erhoben werden, die Verkaufsergebnisse hingen notwendigerweise von der Verteilerzahl ab. Selektiver Vertrieb schafft – mittels Qualitätspflege, Kundendienstversorgung, Prestigeeffekt usw. – Käuferpräferenzen,[126] die den

121 Zur entsprechenden Selektion vorn 93 f.

122 Ausführlicheres hinten 211 f.

123 BECKMAN/MAYNARD/DAVIDSON (624) betonen, dass "actual sales may also be unduly limited." BELL (461) spricht vom "lack of greater sales volumes that might be obtained through wider distribution." – Vergl. ferner WINKEL 16 und GEIST, Steuerung, 611.

124 Vergl. zum umsatzverhafteten Unternehmensdenken vorn 45.

125 Allemal zählen nur Umsatzeinbrüche mit Ertragsverschlechterung.

126 Vergl. im einzelnen die vorstehenden marketing-politischen Erwägungen.

Nachteil eines grösseren Einkaufaufwandes infolge geringerer Distributionsdichte aufzuwiegen vermögen. Dies lehrt jener Grossteil von Herstellern, die durch Händlerbeschränkung eine Absatzsteigerung erreichen.[127] Wer das Gegenteil verkündet, unterstellt, "dass die überwiegende Anzahl dieser Produzenten von einer geradezu sträflichen Dummheit befangen ist."[128]

Immerhin bleibt die Gefahr von Umsatz-(und Gewinn-)rückgängen beachtlich. Ihr erliegen jene Hersteller, die selektiv unter Missachtung der produkt-, unternehmens- oder marktspezifischen Determinanten[129] vertreiben. Beide Alternativen selektionspolitischer Fehlentscheide sind unheilvoll: Die *Überbesetzung* des Netzes führt zu einer Umsatzverzettelung[130] und damit zu einer Warenverteuerung.[131] Obendrein schwindet bei kleinen Verkaufszahlen die Einsatzfreude des Händlers.[132] Nicht weniger Nachteile birgt eine *Unterbesetzung*. Man denke etwa an zu weitmaschige Verteilernetze für "convenience goods"[133], an Untervertretung in den Ballungszentren[134] oder an branchenfremden Selektivvertrieb ohne Bereitschaft der Verbraucher zu einer Änderung der Einkaufsgewohnheiten.[135] In all diesen Fällen können gewinnverzehrende Umsatzeinbussen sich einstellen. Zudem drohen Engpässe in der Kundendienstversorgung.[136]

127 Vergl. vorn 113 f.

128 KLEEMANN 1631 (für den Alleinvertrieb).

129 Sie sind ausführlich dargestellt vorn § 5.

130 Im gleichen Sinne wohl SÖLTER, Neue Vertriebswege, 523.

131 Beispiel: Aufwendigere Betreuung der Händlerschaft durch Vertreter oder Reisende. (Vergl. WULLSCHLEGER 21).

132 Ebenso LEHMPFUHL 33, NIENS 77, MELLEROWICZ, Alternativen zur Preisbindung, 201 – Vergl. auch 3. Wettbewerbsbericht 22.

133 Vergl. vorn 75 f.

134 Vergl. vorn 87 f.

135 Vergl. vorn 85 f.

136 Vergl. (für den Automobilabsatz) SCHÜLLER 171.

Das Dilemma zwischen unterdotierten und überbordenden Händlerzahlen fordert zur Frage nach der *optimalen Verteilungsdichte* heraus. Den Selektionsgrad – insb. durch Feinsteuerung mittels Quantitativauslese – richtig festzulegen, gehört zu den Kernproblemen des Selektivvertriebs.[137] Allgemeinverbindliche Antworten aber lassen sich keine geben.[138] Im einzelnen wird Bedacht zu nehmen sein auf die Umschlagshäufigkeit der Vertragswaren[139], ihre Marktgeltung[140], das angesprochene Konsumprofil[141], die Netzdichte der Konkurrenz[142] sowie auf Bevölkerungszahl und soziale Schichtung im Absatzmarkt.[143]

b) Abhängigkeit vom Händler

Jede kooperative Aufgabenbewältigung trägt die Gefahr einer Abhängigkeit der Kooperationspartner in sich.[144] Im selektiven

137 BECKMAN/MAYNARD/DAVIDSON 624 und NIENS 77.

138 Gl.M. MELLEROWICZ, Alternativen zur Preisbindung, 201, NIENS 78; für die selektive Absatzpolitik im allgemeinen GEIST, Selektive Absatzpolitik, 31 – Vergl. ebenfalls die (vagen) Umschreibungen bei BELL 462 und WULLSCHLEGER 20.

139 Güter des periodischen verlangen grössere Absatzstellenzahlen als solche des aperiodischen Bedarfs. (Zur Bedeutung der *Beschaffungsfrequenz* auch vorn 75 f.).

140 Mit zunehmender Marktgeltung wachsen regelmässig die Anforderungen an die Distributionsdichte. (WULLSCHLEGER 21 und BELL 462).

141 Gehobene Käuferschichten mit elitärem Konsumprofil erlauben weitmaschigere Distributionsnetze. (Vergl. MELLEROWICZ, Alternativen zur Preisbindung, 201, NIENS 78).

142 Sie kann dann zum Datum werden, wenn *Verbrauchergewohnheiten* die Zumutung eines höheren Einkaufaufwandes ausschliessen.

143 Beide zeigen – mit unterschiedlichem Differenzierungsgrad – die zu erwartende *Kaufkraft* auf.

144 FISCHER, Konzentration, 181; vergl. auch PHILLIPS/DUNCAN 536 und ULMER, Vertragshändler, 157.

Vertrieb fraglos aktueller ist der hörige Händler.[145] Immerhin sind *Sonderfälle* seitenverkehrter Abhängigkeitsverhältnisse denkbar:[146]

Den Regeltatbestand der Marketingführerschaft des Produzenten unterstellt[147], hängt eine solche Entwicklung namentlich von dessen Selektionspolitik ab. Je gestrenger die qualitativen Ausleseerfordernisse und je umfangreicher die übertragenen Absatzleistungen ausfallen, desto schwerer hält ein reibungsloser Austausch der Vertriebsstellen.[148] Auch ein hoher Selektionsgrad zufolge quantitativer Beschränkung kann eine Abhängigkeit von der Händlerschaft begünstigen, weil sich das gesamte Umsatzvolumen über eine kleine Verteilerzahl abwickelt.[149] Die Gefahr wird vordringlich im exklusiven Vertrieb, wo der Hersteller "all eggs in one basket" hat.[150]

In hervorstechendem Masse auf den Absatzmittler angewiesen ist der Produzent auf *Exportmärkten.* Selektiven Vertrieb im Aussenhandel kennzeichnet bekanntlich eine hohe Selektivität auf der Importeurstufe sowie eine hochgradige Ausgliederung von Distributionsaufgaben.[151] Beides verschafft dem Händler ein verstärktes wirtschaftliches Eigengewicht.[152] Fällt ein eingespielter Importeur aus, erschwert die Unkenntnis des Herstellers über Markt und Käu-

145 Dazu hinten 145 f.

146 Ebenso LANGENKAMP 160.

147 Vergl. vorn 111 f. – Unberücksichtigt bleiben vom nachfragestarken Zwischenhandel geprägte Vertriebswegeordnungen.

148 Dies gilt insb. für Vertragswaren, bei denen langjährige Vertriebserfahrung eine Rolle spielt.

149 Der Hersteller ist alsdann "beim Vertrieb seiner Waren in verstärktem Mass auf die Absatztätigkeit der eigenen Absatzmittler angewiesen...". (ULMER, Vertragshändler, 157).

150 STANTON 366; vergl. auch BELL 462, WINKEL 16 und PHILLIPS/DUNCAN 536.

151 Vergl. vorn 90 f.

152 Einlässlicher ULMER, Vertragshändler, 179 f.

fer zusätzlich die Nachfolgerauswahl. Besonders nachhaltig ist sein Austritt spürbar, wenn mit ihm die gesamte Absatzorganisation auf den nachfolgenden Handelsstufen wegzieht.

III. Die Stellung des Händlers[153]

1. Vorzüge selektiver Vertriebssysteme

a) Gedrosselter Intra-brand-Wettbewerb

Selektivvertrieb beeinflusst ersichtlich den Wettbewerb auf den Marktstufen, auf denen die Selektion stattfindet.[154] Er dämpft meist Intra-brand-Konkurrenz unter Händlern.[155] [156] Mit der Selektion (und deren Absicherung durch Warenlaufbindungen[157]) schrumpft die Zahl der Vertragswarenanbieter. Händler bevorzugen gelichtete Vertriebsnetze, weil sie sich ein ungestörtes regionales Betätigungsfeld erhoffen. Ausserdem verspricht nachlassender Konkurrenzdruck *Mindestumsätze* mit den Herstellerwaren.[158] Mitunter wünschen Abnehmer sich daher einen höheren Selektionsgrad, als ihn einzuführen der Hersteller willens ist.[159]

153 Es liegt im Wesen der Selektion (durch Elimination), dass nach deren Vollzug sich Auserwählte und Ausgeschiedene gegenüberstehen. Wer über die Stellung der Händler im Selektivvertrieb sich äussert, hat klarzustellen, von welchen die Rede sein soll. Die folgenden absatzwirtschaftlichen Erörterungen gelten aus ersichtlichen Gründen den *vom Hersteller belieferten Abnehmern.* Die wettbewerbsrechtlichen Untersuchungen freilich werden auch (und gerade) den boykottierten Aussenseiter beachten müssen.

154 So unter vielen RITTNER, Beschränkung, 201, SCHEUFELE, Selektive Distribution, 5, BERSUCH 143, ULMER, Vertragshändler, 160, SUNDHOFF, Absatzbindungen, 505.

155 Über Sondertatbestände (Beschränkungen des Inter-brand-Wettbewerbs oder des Intra-brand-Wettbewerbs zwischen Handel und Hersteller) hinten 277 f., 292 und 275.

156 Einzelheiten zu den Wettbewerbsstörungen hinten 3. Teil § 2.

157 Zum Begriff der Warenlaufbindungen hinten 265.

158 Vergl. den nächstfolgenden Abschnitt (lit. b).

159 Vergl. BELL 462 und WULLSCHLEGER 20.

Der selektive Vertrieb drosselt nicht nur das Ausmass der produktinternen Konkurrenz, sondern legt auch die Kampfformen fest, in denen diese bestritten werden darf. Die (mittels Angebotsgestaltungsbindungen[160] vollzogene) *Gleichrichtung von Marketing-Instrumenten* in den Absatzkanälen entzieht dem Händler die davon betroffenen Wettbewerbsparameter. Beschränkt wird vor allem Nebenleistungskonkurrenz (z.B. hinsichtlich Kundendienstleistungen, Geschäftsausstattung, Warenpräsentation), aber auch Werbe- und (im Reflex) Qualitäts- oder Preiskonkurrenz.[161] In diesen Unterformen des Wettbewerbs können die Abnehmer nicht mehr nach Belieben zum Wettstreit antreten. Die Konkurrenzverminderung werden all jene begrüssen, deren "natürliche" Absatzleistungskonzeption mit dem Herstellerregime übereinstimmt.[162] Sie sind namentlich geschützt vor Rivalen mit einem tieferen vertriebspolitischen Standard und entsprechend gesenktem Preis.

Freilich: Der Produzent reguliert intra-brand-competition nicht allein dem wettbewerbsscheuen Händler zuliebe.[162a] Er selber will Preisgefechte im Vertriebssystem verhindern, die sein *Firmen- und Markenimage* angreifen[163] und Abnehmer zu einer Kürzung von Kundendienstleistungen aufreizen. Lendenlahmer Händlerwettbewerb kann ihm allerdings missfallen, wenn zu siegesgewisse Verteiler die Absatzanstrengungen vernachlässigen. Alsdann mag er von sich aus für die Aufrechterhaltung einer hinlänglichen netzinternen Konkurrenz besorgt sein.[164]

160 Zum Begriff hinten 265 f.

161 Näheres hinten 290 f.

162 Vergl. (für die Preisbindung) HAX, Vertikale Preisbindung in der Markenartikelindustrie, 27 f. sowie KARTTE 58.

162a Zur "Wettbewerbssteuerung auf den Abnehmerstufen " TIETZ, Marketing II, 295.

163 Darüber ausführlich HAX, Vertikale Preisbindung in der Markenartikelindustrie, 71 f.

164 Vergl. das Beispiel (Verzicht eines Automobil-Produzenten auf die Zuweisung geschützter Verkaufsgebiete) bei LANG 138 f. – Um die *Distributionsdichte* nach Belieben zu *steuern*, bedingen sich Hersteller oftmals das Recht aus, unter bestimmten Voraussetzungen zusätzliche Händler im Vertragsgebiet zu beliefern. (Vergl. hinten 173).

b) Sicherstellung von Mindestumsätzen mit den Vertragswaren

Die Straffung der Vertriebsorganisation gewährleistet dem Händler gewisse Mindestverkäufe der Vertragserzeugnisse. Die herstellerische Produktion verteilt sich auf eine künstlich verkleinerte Kundenzahl, was den Anteil des einzelnen Abnehmers am Gesamtumsatz ansteigen lässt.[165] Von besonderem Interesse sind solche "Absatzquoten" bei Waren mit hoher und konstanter Marktgeltung.[166] Letztes Ziel ist die Gewährleistung eines optimalen Verkaufsvolumens (*"economies of scale"*).[167] Es kann häufig nur mit einer Quantitativselektion verwirklicht werden.[168]

c) Intensivere Betreuung durch den Hersteller

Die funktionelle Verkettung der Marktstufen hält den Produzenten an, sich vermehrt um seine Absatzstellen zu kümmern. Mit der Dezentralisierung der Vertriebsaufgaben wächst auch die Fürsorge zugunsten der beauftragten Händler. Der geschrumpfte Kundenkreis ermöglicht ausserdem einen grösseren Zeitaufwand für den einzelnen Abnehmer.[169]

165 BERSUCH 143, SCHENK/VÖLK 33, LUTZ/BASSON 387, PRÖBSTING 46, NIENS 57 f., RITTNER, Beschränkung, 201, SÖLTER, Vertriebsbindungen, 20; für den exklusiven Vertrieb BECKMAN/MAYNARD/DAVIDSON 625, SCHWANKE 41 und (mit einem eindrücklichen Zahlenbeispiel) BELL 462; vergl. zudem die Ausführungen der Kommission im 1. Wettbewerbsbericht 71.

166 Vergl. im Kontext ULMER, Vertragshändler, 160 und WINKEL 15.

167 Dazu vor allem – mit Zahlenmaterial – SCHMITT 72 f.

168 Die Kommission über das Omega-Vertriebssystem: "Sämtliche Einzelhändler im Gemeinsamen Markt, die die von Omega geforderte fachliche Eignung besitzen und bestimmte Voraussetzungen hinsichtlich der Ausstattung des Geschäftes erfüllen, für den Vertrieb von Omegaerzeugnissen zuzulassen, würde bedeuten, dass jeder von ihnen jährlich nur einige Einheiten verkaufen könnte." (1. Wettbewerbsbericht 71).

169 Ebenso BELL 464.

Mannigfaltig sind die *Organisationsformen,* in denen der Produzent seine Betreuungsdienste wahrnimmt. Meist sendet er den betriebsinternen Beraterstab aus oder vermittelt Hilfe durch Reisende. Gelegentlich begegnet man verselbständigten (von ihm selber[170] oder von beiden Kooperanten[171] eingerichteten) Trägerorganisationen.

Gegenständlich umfasst dieser herstellerische "Kundenservice"[172] vorab des Händlers einlässliche Information und Beratung in Einkauf, Verkauf und Organisation des Betriebs. Hierzu gehören auch die Überlassung einschlägiger Unterlagen (Prospekte, Preis- und Produktionslisten usw.)[173], Sukkurs bei der Betriebsergebnisauswertung und netzweite Unternehmensvergleiche. Im Absatz beratungs- und erklärungsbedürftiger Problemwaren wird Schulung (von Geschäftsinhaber und Personal) vermittelt.[174] Für die Qualitätspflege von Belang sind namentlich die begleitenden Unterhalts-, Reparatur-, Ersatzteil- und Garantiedienste[175] des Herstellers. Dieser ist oft Stütze bei Einrichtung und Unterhalt technischer Anlagen oder stellt sie gar selbst zur Verfügung.[176] Dazu kommt der werbepolitische Beistand,[177] der von der einfachen Beratung in

170 So die Werksaussendienstorganisationen der deutschen Automobilproduzenten. (Vergl. LANG 130 f., 144 f. und 150 f.).

171 Vergl. das Beispiel bei NIENS 90.

172 HILL, Bd. 2, 206 f. (mit sehr ausführlicher Zusammenstellung der einzelnen Leistungen).

173 Vergl. Art. 13 des VDMA-Vertragsentwurfes bei STUMPF/LÖSCH 63 und STUMPF 53 sowie ders., Vertragshändlervertrag, 67.

174 Vergl. ebenfalls vorn 103.

175 Vertragsregeln über Garantieleistungen: Art. 10 des Automobilgrosshändler-Vertrages bei SCHENK/VÖLK 104 und Art. 5.3. des BMW-Direkthändlervertrages bei SCHMITT 382.

176 KOEBLE 12, NIENS 53 und WÖHE 472.

177 Über die werbepolitische Kooperation auch vorn 115 f.

Reklame und Schaufenstergestaltung, über die kostenlose Abgabe von Werbe- und Dekorationsmaterial bis zur Veranstaltung eigener Werbefeldzüge reichen kann.[178]

d) Verminderung von Streuverlusten bei akquisitorischen Bemühungen

Bei der Auswahl von Werbeträgern hat jeder Unternehmer das Problem ihrer Streuung zu veranschlagen. In Sonderheit händlerischen Akquisitionsmassnahmen droht eine zu weite (und deshalb unwirtschaftliche) Streuwirkung.[179] Der werbende Absatzmittler muss bei hoher Distributionsdichte stets gewärtigen, dass sich nur ein Teil der Bemühungen im eigenen Geschäftserfolg niederschlägt. Die gelichteten Verteilernetze des Selektivvertriebs vermögen solche *Streuverluste* herabzusetzen. Man begreift bei dieser Sachlage, dass Händler zuweilen eine Abnehmerbeschränkung zur Bedingung für die Übernahme grösserer akquisitorischer Aufgaben machen. An einer allgemeinen Markenförderung (ohne Rückfluss auf die eigenen Umsätze) ist ihnen wenig gelegen.[180]

178 Vergl. § 8 des Pfaff-Händlervertrages (bei SCHENK/VÖLK 95), ULMER, Vertragshändler, 123 sowie die Beispiele bei NIENS 90 und SCHENK/VÖLK 35; zur Illustration aus der europäischen Spruchpraxis Gewürze-Entscheid 22 f.

179 Vergl. BIDLINGMAIER, Marketing, Bd. 2, 399. BATZER/GREIPL/LAUMER (246) sprechen von "Streuverlusten" und meinen damit "unerwünschte Ausstrahlungseffekte, die bei der Durchführung von Werbemassnahmen dadurch auftreten, dass Zielbereich und Streubereich nicht übereinstimmen, d.h. durch eine Werbemassnahme auch Personengruppen oder Gebiete erreicht werden, die für den Absatz des betreffenden Produktes nicht in Frage kommen."

180 ULMER, Vertragshändler, 160; im Zusammenhang mit dem Alleinvertrieb KLEEMANN 1631 und WINKEL 15.

e) Erhöhter Schutz vor systemwidrigen Direktverkäufen

Die produktinterne Marktordnung des Herstellers beschneidet nicht nur den Intra-brand-Wettbewerb zwischen stufengleichen Abnehmern,[181] sondern erspart dem Einzelhandel oft auch denjenigen mit vorgelagerten Anbietern. Mit dieser Unterbindung von Direktlieferungen durch den Produzenten und (oder) den Grosshandel wird der Endverbraucher dem Detaillisten als Kunde reserviert. Sie soll eine funktionsgerechte Verteilung durch *Einhaltung des "klassischen" Absatzweges* sicherstellen.

Zwei Arten systemwidriger Verkäufe können im selektiven Vertrieb verboten sein. An den *Grosshändler* mag die Weisung ergehen, ausschliesslich an den Einzelhandel abzusetzen (persönliche marktstufenspezifische Vertriebsbindung[182]). Letzterer wird damit vor der Bildung Grauer Märkte bewahrt,[183] an der er besonders dann Anstoss nimmt, wenn ihm gleichwohl die kundendienstmässige Betreuung obliegt, das Entgelt aber in den Einzelhandelsspannen einkalkuliert ist.[184] Nicht selten geht der *Hersteller* selber Längsliefervorschriften ein (persönliche marktstufenspezifische Absatzbindung[185]). Er kann sämtliche oder bestimmte Konsumenten zu meiden versprechen oder den übergangenen Händlern wenigstens eine finanzielle Vergütung zusichern.[186]

181 Dazu vorn 137.

182 Vergl. hinten 194 f.

183 So auch MELLEROWICZ, Alternativen zur Preisbindung, 200; zum Begriff des *"Grauen Marktes"* BATZER/GREIPL/LAUMER 107 f.

184 Vergl. HAX, Vertikale Preisbindung in der Markenartikelindustrie, 122 f. – Solche Sprunglieferungen des Grossisten schätzt der Hersteller selber nicht, weil mit ihnen seinen marketing-politischen Vorstellungen (z.B. hinsichtlich Geschäftsausstattung, Sortiment, Präsentation der Waren) nicht entsprochen ist. (LEHMPFUHL 31, MÜLLER-FEMBECK 10).

185 Vergl. hinten 171.

186 Einzelheiten über den Bindungsinhalt hinten 171 f.

f) Stabiles Preisgefüge

In der Regel werden auch die autorisierten Abnehmer das beständigere Preisniveau im selektiven Vertrieb[187] begrüssen. Förmlicher preispolitischer Einwirkung des Herstellers sind allenfalls jene ungern ausgesetzt, deren Absatzleistungskonzept oder Betriebsgrösse eine Unterbietung des netzüblichen Preises ermöglichen bzw. verlangen würde.[188] Dem Grossteil der kleinen und mittleren Handelsunternehmungen dagegen behagen stabile Preisverhältnisse.[189] Denn sie verheissen *ausreichende Handelsspannen*[190] und eine *bessere Markttransparenz.*[191] Zudem passt sich die Verlagerung der Konkurrenz vom Preis auf andere Wettbewerbsparameter (insb. Kundendienst) eher in ihre Marketingpläne ein als die Austragung preispolitischer Kämpfe.[192]

2. Gefahren selektiver Vertriebssysteme

a) Einengung der unternehmerischen Handlungsfreiheit

All die gerühmten Vorzüge des Selektivvertriebs vermögen nichts daran zu ändern, dass die Absatzpolitik der Händler in weiten Zügen der Befehlsgewalt des Herstellers unterliegt. Solche *fremdbestimmte Einflussnahme* muss die unternehmerische Dispositionsfreiheit fühlbar einschnüren. Sie versagt ihnen, fortwährend

187 Vergl. vorn 128 f.

188 Ähnlich HILL, Bd. 2, 136, RENTSCHLER 134 und HAX, Preisbindung, 1647.

189 Vergl. (im Zusammenhang mit der Preisbindung) die Umfrageergebnisse bei RENTSCHLER 132 f.; ebenso TSCHUMI 70 f., RENTSCHLER 133, NIESCHLAG 99, HILL, Bd. 2, 136, MERZ, Kartellgesetz, 27, KUMMER, Begriff, 10; differenziert vor allem HAX, Vertikale Preisbindung in der Markenartikelindustrie, 109 f.

190 NIENS 58 f. und PENTZLIN 2681.

191 PENTZLIN 2681.

192 Vergl. NIESCHLAG 99, HAX, Preisbindung, 1647.

die jeweils günstigsten Marktchancen auszuschöpfen und mag im Einzelfall zu einer Unterwerfung der Absatzmittlerschaft unter ein totalitäres Marketing-Regime des Produzenten führen.[193]

Den Umfang des preisgegebenen Handlungsspielraumes bestimmt die Ausgestaltung der vertikalen Marktordnung. Erfahrungsgemäss wirken sich gewisse *Bindungstypen* besonders nachhaltig auf das wirtschaftliche Eigenleben des Abnehmers aus. Allen voran steht die Bezugsbindung für Fremdwaren, die den Händler an den Vertrieb der Vertragswaren kettet und ihm den Absatz von Konkurrenz- (oder gar von Nicht-Konkurrenz-) erzeugnissen verwehrt. Sie durchkreuzt jede Risikostreuung durch Sortimentsverbreiterung und liefert ihn auf diese Weise der herstellerischen Produktepolitik aus.[194] Aber auch quantitative Lagerhaltungs- und Mindestabnahmepflichten können die Händlerkapazitäten belasten. Neben der Gefahr überbordender Kapitalbindung ist vor allem "the possibility of overstocking" beachtlich, "because the quotas set by the manufacturers are frequently larger than can be absorbed by the market which the agent serves."[195] Vertriebsbindungen schliesslich lähmen die Kundenwahlfreiheit der Verteiler und beschränken damit deren Absatzgelegenheiten. Der Gebietsschutz im besonderen entzieht ihnen lukrative Auslandgeschäfte.[196]

193 Dies kann dann in der Tat "mit einer grundsätzlichen Umstellung seiner Handelstätigkeit und seines Handelsgeschäftes verbunden" sein. (ULMER, Vertragshändler, 153 ;vergl. auch DÜESBERG 472).

194 Vergl. WULLSCHLEGER 59, ULMER, Vertragshändler, 161 sowie den Entscheid BMW Belgium 41.

195 BECKMAN/MAYNARD/DAVIDSON 625.

196 Vergl. z.B. DÜESBERG 473; näheres über die (persönlichen und räumlichen) Vertriebsbindungen hinten 192 f.

b) Abhängigkeit von Hersteller

Mit der eingeengten Aktionsfreiheit muss ein *Verlust der unternehmerischen Selbständigkeit* des Handels einhergehen.[197] Eine straffe Absatzwegesteuerung gliedert die Abnehmer zuweilen in die herstellerische Vertriebsorganisation ein.[198] Derart umgreifend kann die Weisungs- und Einwirkungsmacht ausfallen, dass Handelsbetriebe faktisch zu Produzentenfilialen (und damit zu einer Spielform des Direktabsatzes) werden.[199] Von ihrer wirtschaftlichen Selbständigkeit bleibt – in extremis – die formale Eigentümerstellung, die Befehlsempfängerposition und die Schuldenhaftung zurück.[200] Dieser denaturierte Händler ist ersichtlich ausserstande, seine Grundfunktion im Güteraustausch zu versehen, nämlich die ausgewogene Vermittlung zwischen Produktion und Konsum.[201]

Zweifachen Ursprung können solche Unterordnungsverhältnisse im Selektivvertrieb haben: Die *"unternehmensbedingte Abhängigkeit"*[202] wurzelt in einer besonders intensiven Ausprägung individueller Lieferanten-Abnehmer-Beziehungen. Dazu führen namentlich mittels Bezugsorder durchgesetzte engste Händlersortimente.[202a] Der Absatzmittler legt sich hier in einer Weise auf

197 Vergl. MINNINGER 308; eindringlich für die Stellung der amerikanischen Automobilhändler ARNDT 89 f.; bezüglich des Alleinvertriebs STANTON 367, DÜESBERG 473 und (vor allem) WINKEL 29 f.

198 PRÖBSTING (4 f.) sondert nach dem Selbständigkeitsstatus zwischen "kooperativen" und "integrierten" Eigenhändlern.

199 Eine gängige Formel bezeichnet den Händler als *"verlängerten Arm" des Produzenten.* (Vergl. SCHWARTZ, Vertikale Bindungen, 321, SÖLTER, Alleinvertriebsbindungen, 11, ULMER, Vertragshändler, 153).

200 Vergl. WINKEL 30 f.; im gleichen Sinn SCHMITT 86 f., ULMER, Vertragshändler, 159 und (für das Franchising) SCHULTHESS 112 f. – Anschaulich dazu ferner SCHÜLLER, Vermachtungserscheinungen, 202 f.

201 SUNDHOFF, Absatzbindungen, 505.

202 FISCHÖTTER 384 f. und LANGEN/NIEDERLEITHINGER/SCHMIDT 586.

202a Gl.M. die schweizerische Kartellkommission in VSKk 1978, 215.

den Vertragswarenverkauf fest, die ihm einen Abbruch der Kooperationsverhältnisse und einen Lieferantenwechsel erschwert oder gar verunmöglicht.[203] Die eindimensionale Ausrichtung erweist sich als besonders unheilvoll, wenn der Händler auch seinen gesamten Dienstleistungsapparat (Geschäftsausstattung, Einrichtungen für Service-, Garantie- und Reparaturarbeiten) auf die Herstellererzeugnisse zugeschnitten hat.[204]

Anders die *"sortimentsbedingte Abhängigkeit"*.[205] Sie erwächst als Folge hoher Marktgeltung berühmter Marken.[206] Eine wirkungsvolle Produzentenwerbung[207] entfacht einen entsprechenden Sortimentsdruck im Zwischenhandel. Dieser ist gerade die Vertragswaren in sein Angebot aufzunehmen gezwungen. Starke Käuferpräferenzen machen deren Substituierung durch Konkurrenz-

203 Vergl. LANGEN/NIEDERLEITHINGER/SCHMIDT 568, FISCHÖTTER 384 f. Die Abhängigkeit in Vertriebskanälen hat ihren Grund sonach häufig in den höchst unterschiedlichen Chancen von Hersteller bzw. Handel, den Geschäftspartner auszutauschen. (Gl.M. wohl ARNDT 89).

204 Vergl. BAUR, Diskriminierungsverbot, 56 und RIESENKAMPFF/SAUER 73.

205 KARTTE 71, BAUR, Diskriminierungsverbot, 56, LANGEN/NIEDERLEITHINGER/SCHMIDT 566 und ULMER, Diskriminierungsverbot, 664 – Gelegentlich wird von "artikelbedingter Abhängigkeit" gesprochen. (So insb. FISCHÖTTER 391 f.; vergl. auch ULMER, Diskriminierungsverbot, 664). Der Begriff ist – seiner äquivoken Verwendung wegen – zu meiden. (Andersdeutig z.B. BAUR, Diskriminierungsverbot, 57).

206 Illustrativ in diesem Zusammenhang der in Deutschland viel diskutierte Fall "Rossignol". (Vergl. den Entscheid des BGH in WuW 1976, 249 f.).

207 Vergl. – mit weiteren Hinweisen – LANGEN/NIEDERLEITHINGER/SCHMIDT 566; dazu ferner BELKE, Kartellgesetznovelle, 295.

produkte nahezu unmöglich. Riskiert er die Sortimentslücke, drohen ihm Umsatzeinbussen, weil der Verbraucher eben nicht ihm, sondern der Marke nachzieht.[208] [209]

c) Existenzgefährdung durch Geschäftsabbruch

Händlern in derartigen Abhängigkeitsverhältnissen kann der nachträgliche Lieferboykott zum "wirtschaftlichen Todesurteil"[210] werden. Zunächst ist ungewiss, ob überhaupt ein Ersatzanbieter einspringe, vor allem in überwiegend exklusivvertraglich abgebundenen Branchen.[211] Bei *unternehmensbedingter Abhängigkeit* wird der Lieferantenwechsel infolge der Verkoppelung des gesamten Absatzgeschehens mit den Vertragswaren einen erheblichen Umstellungsaufwand nötig machen. Geschäftsausstattung und technischer Apparat müssen auf die Nachfolgerprodukte abgestimmt, Verkaufs- und Werkstattpersonal entsprechend umgeschult werden. Unwiederbringlich sind all jene Mittel, die der Abnehmer eigens in den Vertrieb des nun entzogenen Artikels gesetzt hat.[212]

Nicht minder trifft der Geschäftsabbruch den *sortimentsbedingt abhängigen Handel.* Die Kundschaft wird in der Sogwirkung des berühmten Markenartikels zur neuen Absatzstelle überwech-

208 ULMER, Vertragshändler, 161; dazu auch die Vorbringen der Klägerin im Entscheid Metro 1889 f.

209 Im selektiven Vertrieb von geringerer Bedeutung ist die sog. *"mangelbedingte Abhängigkeit"*. Sie entsteht bei ausgetrockneter Versorgungslage, d.h. bei Knappheit an Gütern einer bestimmten Warengattung. Der Angebotsengpass kann in äusseren Umständen oder in einer künstlichen Drosselung durch die Hersteller begründet sein. (Vergl. BAUR, Diskriminierungsverbot, 59 f. und LANGEN/NIEDERLEITHINGER/SCHMIDT 568; darüber auch RIESENKAMPFF/SAUER 73 und FISCHÖTTER 387 f.).

210 WINKEL 32; vergl. zum folgenden auch BUDCZIES 34 f., ULMER, Vertragshändler, 161 und WULLSCHLEGER 59.

211 D.h. wenn Hersteller branchenweit Alleinvertriebsbindungen eingegangen sind.

212 Vergl. STANTON 367, ULMER, Vertragshändler, 161.

seln. Nur eines lässt den ausgebotenen Abnehmer alsdann überleben: die Erschliessung einer (möglichst) gleichwertigen Bezugsquelle und die Erbringung kompensatorischer absatzwirtschaftlicher Sonderleistungen.

d) Übermässige Kapitalbindung

Bereits im Verlaufe der Geschäftsbeziehungen können die Investitionen und Kapitalbindungen die Betriebsrechnung des Händlers erdrückend belasten. Einmal fordern ihm hochwertige technische Anlagen und Einrichtungen, Werkzeuge und Hilfsstoffe einen aussergewöhnlichen Mitteleinsatz ab.[213] Dazu gesellt sich der Aufwand für Werbung[214], Geschäftsausstattung, Marktforschung und für andere absatzwirtschaftliche Aufgaben.[215] Besonders bedenklich sind Mindestabnahme- und Lagerhaltungspflichten[216], falls übersetzte Quoten vom Markte her nicht realisiert werden können.[217]

Wird der Händler aus dem Vertriebsnetz entfernt, sind all diese Investitionen gefährdet. Der technische Apparat muss – soweit auf die Vertragserzeugnisse abgestimmt – erneuert werden.[218] Die Lagervorräte (an Fertigwaren und Ersatzteilen) erleiden oftmals Werteinbussen und lassen sich nur mühsam absetzen.[219]

213 HILL, Bd. 2, 209, BUSCHMANN 2046 f. und HILDEBRAND 152 f.; eindrückliches Zahlenmaterial (für den Automobilabsatz) präsentiert SCHMITT 83 f.

214 Vergl. Grundig/Consten-Urteil 360.

215 Vergl. SÖLTER, Alleinvertriebsbindungen, 14, MAYERLE 29, STANTON 367, DÜESBERG 468, BECKMAN/MAYNARD/DAVIDSON 629 und das Urteil Grundig/Consten 360 f. – Mit diesen Investitionsaufwendungen wird mancherorts auch der Alleinvertrieb betriebswirtschaftlich legitimiert. (So z.B. bei KLEEMANN 1631, WINKEL 26, MAYERLE 29, SÖLTER, Alleinvertriebsbindungen, 14).

216 So auch der Verband der Selbstbedienungsgrosshändler im Urteil Metro (1894).

217 Anschaulich ULMER, Vertragshändler, 112 Fn. 16.

218 Vergl. vorn 145 f.

219 ULMER, Vertragshändler, 161.

2. TEIL:

DIE AUSGESTALTUNG DES SELEKTIVEN VERTRIEBS

§ 1 Das Vertragswerk

I. Selektion und Vertragswerk: Die zwei konstituierenden Bestandteile selektiver Vertriebssysteme

Wer sich die formale Ausgestaltung selektiver Vertriebssysteme des nähern besieht, wird zwei begrifflich trennbare, funktional freilich gekoppelte Elemente feststellen:

Unterbau derartiger Absatzordnungen bildet die *Selektion* als Händlerauswahl,[1] d.h. der Verzicht auf Versorgung sämtlicher (bezugsgeneigter) Abnehmer.[2] Diese Händlerbeschränkung mag zunächst auf der dem selektierenden Hersteller unmittelbar folgenden Marktstufe stattfinden. Sind keine weiteren Massnahmen beigegeben, entpuppt sie sich als einfache Geschäftsverweigerung *(refus de vente; refusal to deal).*[3] Ausführender ist der Produzent selber. Die Auslese kann sich über weitere nachgelagerte Handelsstufen fortpflanzen. Als Vollstrecker amtet hiebei der liefernde Grosshändler oder Importeur, zumeist auf Geheiss und nach Diktat des Herstellers.

Solche Selektionsentscheide bleiben selten allein. Sie werden regelmässig eingebettet in ein Netz ausgeklügelter *Vertragsbeziehungen.*[4] Die Gründe sind leicht ersichtlich: Die Auswahl der Händler erfolgt stets mit Blick auf dessen qualitative Eigenschaften.[5] Vertragliche Bindungen erweisen sich somit als unabdingbar zur Aufrechterhaltung der Selektionsbedingungen über den eigent-

1 Dem selektiven Vertrieb unterliegt ausschliesslich eine *Selektion durch Elimination.* (Vergl. vorn 68).

2 Sie wurzelt bekanntlich in der unternehmenspolitischen Grundidee selektiver Markterfassung und selektiver Absatzpolitik. (Darüber ausführlich vorn 39 f.).

3 Vergl. hinten 152 f.

4 Zu den (sehr raren) vertragsfreien selektiven Vertriebssystemen vergl. den nächstfolgenden Abschnitt II.

5 Selbst der quantitativen geht eine qualitative (Primär-) Selektion voraus. (Vergl. vorn 55 f.).

lichen Selektionsakt hinaus.[6] Denn der Produzent will sich ja den erstrebten absatzwirtschaftlichen Standard für die gesamte Dauer des Leistungsaustausches erwahren. Vertragspflichten sollen mithin ein nachträgliches Ausscheren der Händler aus der Marketingwelt des Herstellers verhindern.

Besonders offenkundig ist die *Synthese* zwischen bestimmten Selektionskriterien und den entsprechenden vertraglichen Bindungen. So werden nach sortimentspolitischen Gesichtspunkten auserkorenen Händlern auch Verpflichtungen bezüglich Sortimentsgestaltung überbunden. Gleiches gilt für andere marketingpolitische Funktionen wie Ausstattung, Lagerhaltung, Kundendienst usw. Einer preispolitischen Selektion kann eine (direkte oder indirekte) Einwirkung auf die Preisgestaltungsfreiheit der Absatzstellen angefügt werden. Gleichermassen stösst man auf den Verbund zwischen einer Selektion nach Abnahmemengen und einer vertraglichen Vereinbarung über Mindestbezugsquoten.

Nicht minder aufschlussreich ist die funktionale Verknüpfung von Vertrag und Selektion in einer andern Richtung: Der Händlerkontrakt dient der *Übertragung* der herstellereigenen Absatz- und Selektionspolitik *über mehrere Marktstufen* hinweg. Will der Produzent vereiteln, dass seine Waren über untaugliche Einzelhändler dem Verbraucher zuströmen, muss er Einfluss auf die Distribution der Grosshändler nehmen. Zu diesem Zweck formen Vertriebsbindungen den gesamten Absatzkanal. Sie sorgen dafür, dass die Detailhandelsstellen nach seiner eigenen Vorgabe ausgewählt werden.[7]

Dazu können sich – analog der vertraglichen Absicherung des Ausleseprozesses auf der ersten – Vorschriften zur Bewahrung der Absatzleistungen an die Händler der zweiten Stufe gesellen. Sie legen diese gleichfalls auf ein bestimmtes (mit ihren Selektionsanforderungen übereinstimmendes) vertriebliches Verhalten fest.

6 Wie hier offenbar der 3. Wettbewerbsbericht 21.

7 Zutreffend diagnostiziert z.B. die Kommission: "Wesentliche Merkmale des Junghans-Vertriebssystems sind die Anwendung besonderer Kriterien für die Zulassung der Junghans-Facheinzelhändler und die Festlegung der Absatzwege durch Junghans." (Junghans-Entscheid 11; vergl. auch MÜLLER-FEMBECK 4).

Kontrahenten bleiben der Hersteller und der Grosshändler, letzterem wird die inhaltliche Ausgestaltung seiner Abnehmerverträge befohlen *(qualifizierte Vertriebsbindungen).*

Man sieht: Der Händlervertrag tritt im selektiven Vertrieb gleichrangig neben den eigentlichen Auswahlprozess, den er komplettiert und absichert. Er vermittelt der Absatzordnung erst ihr eigenwilliges Gepräge. Daher erfolgt in diesem Abschnitt eine Bestandesaufnahme der in selektiven Vertriebssystemen gängigen Vertragsklauseln.

II. Selektiver Vertrieb ohne vertragliche Unterlage

a) Vorerst soll freilich der Frage nachgespürt werden, ob selektiv vertreibende Hersteller nicht auf ein vertragliches Beiwerk verzichten können. Zu ergründen sind dem Vertrag ergebnisgleiche (oder zumindest -ähnliche) Mittel der vertikalen Intervention, also andere, weniger formstarre Wege der Steuerung von Vertriebsketten.

Erschöpft sich der Ausleseentscheid in reiner Selbstbeschränkung, liegt einfache Geschäftsverweigerung *(unilateral refusal to deal)* vor.[1] Alsdann wählt sich der Produzent seine Abnehmer nach qualitativen oder quantitativen Kriterien aus. Wer mit ihnen nicht konform geht, findet keinen Platz im Vertriebsnetz.[2] Ihr ist ein qualifizierter Selektionsprozess *(qualified refusal to deal)* gegenüberzustellen, bei dem sich die Zielrichtung der Auswahl verändert: An die Stelle freiwilliger Selbst- tritt eine Fremdbeschränkung.[3] Die Selektion wird planmässig zur Lenkung fremden Marktverhaltens eingesetzt. Dazu bleibt sie nicht mehr singuläre Massnahme des Herstellers, sondern wird Bestandteil eines komplexeren

1 Vergl. zum (dem US-Antitrustrecht entlehnten) Sprachgebrauch SCHMITT 100.

2 Ansonsten ist der Selektionsvorgang frei von begleitenden Einwirkungshandlungen des Herstellers (oder anderer Händler).

3 Mit guten Gründen bezeichnet SCHMITT solche Selektion als "das faktische Erzwingen-(wollen) eines Abnehmerverhaltens". (SCHMITT 100).

Handlungsgefüges. Drei Verhalten sind es zumal, die eine solche qualifizierte Selektion ausmachen: Die Empfehlung, die Druckanwendung sowie die Abstimmung von Verhaltensweisen.

b) Sanfteste Form zusätzlicher Händlerbeeinflussung ist die *Empfehlung* als "eine an den Empfehlungsträger gerichtete Mitteilung, die den Wunsch zum Ausdruck bringt, der Empfehlungsempfänger möge ein bestimmtes Verhalten im Wettbewerb beachten".[4] Im Grundsatz können solche Anregungen auf beliebige Gegenstände des Vertriebsgeschehens sich beziehen.[5] Ihrem Wesen nach unverbindlich[6], verbürgen sie freilich nicht, dass sie ihre Adressaten auch einhalten. Insoweit bilden sie keinen vollwertigen Vertragsersatz. Dennoch: Empfehlungen sind selten bloss Ratschläge. Sie werden erlassen mit der Absicht einer Ordnung der Vertriebswege, gebaut auf die Befolgungsbereitschaft der Händler.

c) Einen solchen Beugungswillen darf man namentlich erwarten, wenn der Hersteller zusätzlichen Druck[7] auf seine Empfeh-

4 BELKE, Geschäftsverweigerung, 9. – Man erkennt die beiden seinstypischen Elemente der Empfehlung, nämlich das Streben nach Einflussnahme sowie die Unverbindlichkeit des Vorschlages. (MAYER-WEGELIN 82a). Vergl. zum Begriff der Empfehlung im weiteren LANGEN/NIEDERLEITHINGER/SCHMIDT 635, FIKENTSCHER, Preisempfehlung, 53 f., BENISCH, Kommentar II, 84, BERSUCH 113, KOLONKO 91 f., KUMMER, Begriff, 33. – Nicht den Empfehlungen sind blosse Marktinformationen zuzuordnen, so etwa, wenn der Hersteller in der Werbung kundtut, dass seine Artikel letzthin innerhalb eines bestimmten Preisrahmens angeboten wurden *("Circa-Preise")*. (Vergl. BELKE, Kartellgesetznovelle, 414 f. und BENISCH, Kommentar II, 10 f.).

5 Zu denken wäre etwa an Empfehlungen über Bezug, Vertrieb, Werbung, Kundendienst usw. Die fraglos verbreitetste vertikale Empfehlung "regelt" den Preis.

6 So wenigstens die h.M. (Vergl. unter vielen BERSUCH 113, BELKE, Geschäftsverweigerung, 10, MAYER-WEGELIN 82 a; a.M. etwa HUBER, Empfehlungsverbot, 50 f.).

7 Druckanwendung will hier heissen: Einwirken auf die Willensfreiheit der Händler mittels Androhung von Nachteilen oder Inaussichtstellen von Vorteilen. (Vergl. HUBER, Empfehlungsverbot, 129, BELKE, Geschäftsverweigerung, 379). Dagegen übt keinen Druck aus, wer eine nachträgliche Sanktion wegen querschlagendem Verhalten – also für eine bereits irreversible Willensbildung – anordnet. (Vergl. LANGEN/NIEDERLEITHINGER/SCHMIDT 537). Zu Recht unterscheidet der BGH deshalb zwischen *"zeitweiliger Willensbeugungssperre"* und *"endgültiger Vergeltungssperre"*. (Statt aller BELKE, Kartellgesetznovelle, 298).

lungsempfänger ausübt.[8] Die Kopplung von Empfehlungen und *wirtschaftlichem Druck* hat sich in der Praxis als zuverlässiges Instrument einer Beherrschung der Vertriebskanäle erwiesen.[9] Die Händler halten sich präzise an die Herstellerwünsche, in der Furcht, ihnen würden die angedrohten Nachteile zugefügt (respektive die zugesagten Vorteile entzogen). Die Empfehlung signalisiert damit das Verhalten, das allein eine Verhängung der Sanktion verhindert.[10] Ersichtlich zeitigen diese mit Pression durchgesetzten Empfehlungen vertragsgleiche Erfolge. Die Händler verhalten sich nicht anders, als wenn ihnen entsprechende Bezugs-, Vertriebs- oder Marketingpflichten vertraglich aufgebunden worden wären.[11] Privater Zwang vermag hier an die Stelle des bei Vertragsverletzungen einsetzbaren obrigkeitlichen zu treten.[12] Zu Recht werden deshalb

8 Vor dem eigentlichen Druckeinsatz mögen noch mildere Einwirkungsformen (Diskussion, Überzeugung, Beeinflussung usw.) erprobt werden. Wo sie in eigentlichen Druck überwechseln, lässt sich mitunter nur schwer ausmachen. (Vergl. zum Problem BENISCH, Kommentar I, 10 f., BELKE, Geschäftsverweigerung, 380 f., ders., Kartellgesetznovelle, 293; zu den "Grenzen der Empfehlungsintensität" auch SÖLTER, Mittelstandsempfehlungen, 98, f.).

9 Auf solche Druckanwendung verweisen – neben den bereits bekannten Fundstellen – auch SEEBAUER 27, WINKEL 25, BUDCZIES 35 f., BELKE, Kundenbeschränkung, 1 f., KOENIGS, Probleme, 314. Man beachte auch die Ausführungen der Kommission im BMW-Entscheid 6.

10 Gleichwohl sind Empfehlung und Druckanwendung klar auseinanderzuhalten. (Gl.M. FIKENTSCHER, Preisempfehlung, 55 und BELKE, Geschäftsverweigerung, 10). Die Empfehlung als solche sieht nämlich keine Repressalien für den Fall ihrer Nichteinhaltung vor. Und man weiss, dass Empfehlungen auch ohne Androhung von Zwangsmassnahmen nachgelebt werden kann. Der Händler mag sie durchaus in Erwartung eigener Vorteile befolgen. (Vergl. HAX, Vertikale Preisbindung in der Markenartikelindustrie, 192, BERSUCH 117 f., GIFFERS 23).

11 Dies berücksichtigt auch § 25 Abs. 2 GWB, wenn er den Einsatz von wirtschaftlichem Druck zur Umgehung von (verbotenen) Verträgen missbilligt. (Vergl. dazu MAYER-WEGELIN 62 f., BENISCH, Kommentar I, 1 f., LANGEN/NIEDERLEITHINGER/SCHMIDT 535 f. und die dort aufgeführte Rechtsprechung und Spezialliteratur).

12 Damit sei keinesfalls ausgesagt, dass nicht Druckanwendung (auch) im Verbund mit Vertriebsverträgen auftreten kann. Das Gegenteil trifft zu: Ausservertragliche Pressionsmittel können die vertraglich abgedeckten Bindungen verstärken oder gar neue dazu treten lassen. Man kennt das Hauptbeispiel: Der Hersteller meidet langjährige

solche Unterordnungsverhältnisse als *"faktische Bindungen"* bezeichnet.[13] Dazu gehören – als wichtigster Typus – die mit Zwang verbundenen vertikalen Preisempfehlungen.[14] Nach den Preisbindungsverboten in den meisten Ländern sind Hersteller dazu übergegangen, druckuntermauerte Preisempfehlungssysteme einzurichten. Diese lassen Wirkungen erkennen, die hinsichtlich Stringenz einer lückenlosen Preisbindung um nichts nachstehen.[15] [16]

Die verwendbaren *Druckmittel* sind zahllos. Händler können sowohl durch Androhung von Nachteilen abgeschreckt wie auch durch Inaussichtstellen von Vorteilen geködert werden.[17] Als Beispiele seien erwähnt: Einräumung von Rabatten, Gewährung vorteilhafter Kredite, intensiverer Service- und Betreuungsdienst, bevorzugte Belieferung bei Produktionsengpässen, Preismanipula-

Händlerverträge und setzt sein Kündigungsrecht als zusätzliches Druckmittel für die Durchsetzung bestehender oder neuer Verbindlichkeiten der Händler ein. (Ausführlich zu dieser sehr effektvollen Mischung von vertraglicher und druckuntermauerter Bindung BELKE, Geschäftsverweigerung, 225 f. und BUDCZIES 25 f.; vergl. ferner WINKEL 26 f. sowie den (negativen) Befund der Kommission im BMW-Entscheid 6).

13 Des öftern ist auch von *"tatsächlichen"* oder *"wirtschaftlichen" Bindungen* die Rede. (Vergl. – mit unterschiedlicher Terminologie – LANGEN/NIEDERLEITHINGER/SCHMIDT 287, KOENIGS, Probleme, 312, FIKENTSCHER, Preisempfehlung, 72 f., BELKE, Geschäftsverweigerung, 10; dazu auch den Wortlaut des § 16 GWB).

14 Zu Begriff und Arten der Preisempfehlung vergl. insb. SÖLTER, Mittelstandsempfehlungen, 694 f.

15 Vorab bedrohliche Vergeltungsmassnahmen der Produzenten können die Händler davon abhalten, die "angeregten" Preislimiten zu unterschreiten.

16 In einem Belang reichen druckuntermauerte Preisempfehlungen gar noch weiter als Preisbindungen. Wo die nationalen Gesetze die Preisbindung noch dulden, wird in der Regel (wenigstens) deren *Lückenlosigkeit* verlangt. (Vergl. zur entsprechenden Diskussion in der Schweiz etwa MATTMANN 77 f. und SCHÜRMANN, Durchführung, 92) Empfehlungen dürfen dagegen lückenhaft, und damit das Gleichbehandlungsgebot verletzend, erlassen werden.

17 Vergl. abermals den Text von § 25 Abs. 2 GWB. ("... keine Nachteile androhen oder zufügen und keine Vorteile versprechen oder gewähren...").

tionen usw.[18] Ohne Zweifel schärfste Waffe des Herstellers ist die totale *Liefersperre*.[19]

Während der Händler diskriminierende Bezugsbedingungen mittels eigener Anstrengungen womöglich wettmachen kann, fehlt die Herstellerware bei Geschäftsverweigerung gänzlich im Sortiment. Die Androhung eines "refus de vente" beugt bereits integrierte Händler, weil sie beim Abgang attraktiver Erzeugnisse um Umsatzeinbussen bangen und den Aufwand einer Umstellung auf andere Produkte scheuen.[20] Nämlichem Druck kann aber auch der newcomer ausgesetzt sein,[21] wenn wachsende Marktgeltung des Herstellers dessen Ware plötzlich zu Sortimentsessentialia macht.[22]

Wie weit solche Pressionen zu spielen vermögen, hängt von der Machtverteilung in den Vertikalketten ab. Sie werden vornehmlich bei (unternehmensbedingten oder sortimentspolitisch

18 Vergl. etwa die Aufzählungen und Beispiele bei BENISCH, Kommentar I, 9 f., BELKE, Kartellgesetznovelle, 294 f., ders., Geschäftsverweigerung, 8 f. und LANGEN/NIEDERLEITHINGER/SCHMIDT 536.

19 Gl.M. BUDCZIES 35 f. und BELKE, Kartellgesetznovelle, 294.

20 Nicht weiter beachtet wird hier die (vor allem in Deutschland zerredete) Frage, ob die Lieferverweigerung allein dann als Nachteil anzusehen sei, wenn der betroffene Händler nicht ohne Mühe neue Bezugsquellen erschliessen kann (so zum Beispiel BENISCH, Kommentar I, 10), oder ob der Abbruch als solcher – der erzwungenen Umstellung wegen – ausreiche. (So zum Beispiel BELKE, Geschäftsverweigerung, 382 und – mit Hinweis auf gängige "Meinungsmonopole" – ders., Kartellgesetznovelle, 295; für einen Mittelweg offenbar LANGEN/NIEDERLEITHINGER/SCHMIDT 536).

21 Dies verkennen Autoren, die in der Ablehnung einer Aufnahme bislang nichtexistenter Geschäftsbeziehungen keinen Nachteil erblicken. (Vergl. statt aller BENISCH, Kommentar I, 10; zu Recht a.M. LANGEN/NIEDERLEITHINGER/SCHMIDT 536 und (mit Übersicht über die Fundstellen) BELKE, Kartellgesetznovelle, 296 f.; vergl. auch zur Gleichbehandlung *nachträglicher* und *ursprünglicher Selektion* im Rahmen von § 26 Abs. 2 resp. § 18 GWB HEFERMEHL 278 f., BELKE, Geschäftsverweigerung, 241 und TETZNER 123; anders RIESENKAMPFF 207, RIESENKAMPFF/SAUER 72 und HERRMANNS, Lieferverweigerung, 2234).

22 Im Zusammenhang mit selektiven Vertriebssystemen verdient *ein* Druckmittel besondere Erwähnung, nämlich die Drohung mit der Verdichtung des Vertriebsnetzes: Dem Händler wird in Aussicht gestellt, auf sein Gebiet weitere Vertragshändler anzusetzen. (Vergl. BMW-Entscheid 6; zu der entsprechenden Vertragsklausel hinten 173).

gegründeten)[23] Abhängigkeitsverhältnissen durchschlagen.[24] Die Druckanfälligkeit der Vertriebsstellen nimmt zu, je mehr die Herstellerwaren als "Monokultur"[25] gepflegt werden und je stärker Käuferpräferenzen diese unentbehrlich machen.

d) Ein gleichfalls den Selektionsentscheid des Herstellers qualifizierendes Element stellt die *Abstimmung von Verhaltensweisen* dar. Im Gegensatz zu Empfehlung und Druckanwendung verläuft die Beeinflussung hier nicht mehr eingleisig, sondern ist Ergebnis eines konspirativen Zusammenwirkens von Hersteller und Händler.[26] Die Marktpartner verständigen sich aufgrund eines (im wenigsten virtuellen) Planes über ein gleichförmiges[27] Marktverhalten und bekunden überdies den Willen, sich – trotz fehlender vertraglicher Bindung – an die vorgegebenen Massregeln zu halten.[28]

23 Über die Entstehungsgründe von Abhängigkeitsverhältnissen in den Vertikalbeziehungen vorn 145 f.

24 Auf den unmittelbaren Zusammenhang zwischen Druckanwendung und Händlerabhängigkeit verweisen auch SEEBAUER 28 und BELKE, Geschäftsverweigerung, 337.

25 Begriff bei MÖHRING, Kontrahierungszwang, 226.

26 Freilich sei vermerkt, dass der Trennstrich zwischen Empfehlung und Druckanwendung auf der einen und abgestimmtem Verhalten auf der andern Seite in der Praxis weniger gradlinig ausfällt. Denn aus netzweiter Druckanwendung oder Empfehlung resultiert ebenfalls eine Symmetrie des (druckgesteuerten resp. empfohlenen) Verhaltens. Entscheidend für die Abgrenzung kann somit nicht das Ergebnis gleichgeschalteter Händler sein, sondern alleinig der ihm zugrundeliegende *Willensbildungsakt*. Ist er fremd- (d.h. ausschliesslich hersteller-) bestimmt, hat man eine Empfehlung oder Druckanwendung vor sich. Nehmen die Händler am Entscheidvorgang teil, sind die Verhalten abgestimmt. – Eine klare Grenze verwischt nicht zuletzt deshalb, weil die Praxis Kumulationen, insbesondere von Empfehlung und Abstimmung, kennt. Beispiel: Der Hersteller erlässt Empfehlungen, die Adressaten kommen überein, sie in gegenseitiger Ausrichtung zu befolgen oder gar für deren Durchsetzung besorgt zu sein. (Vergl. MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 210) Kartellrechtlich wird alsdann fraglich, wann paralleler Gehorsam der Empfehlungsempfänger in "abgestimmtes Verhalten" hineinführt. (Vergl. zum Problem KUMMER, Begriff, 33 f.).

27 Oder (ausnahmsweise) rollenverteiltes.

28 Vergl. zu Begriff und Arten abgestimmten Verhaltens (als Auswahl) KOLONKO 15 f., DAIG 216 f., GLEISS, Abgestimmtes Verhalten, 166 f., CUNNINGHAM, Competition Law, 44 f., BAROUNOS/HALL/JAMES 19 f., HENRICHS 104 f.,

Mit diesem *"Zuschuss an organisierter Willkür"*[29] sprengen sie den Rahmen bloss marktdiktierten Parallelverhaltens.[30] Solche "concerted practices" kannte man bis anhin namentlich im Horizontalbereich zwischen Herstellern. Erst in jüngerer Zeit wurde – im Soge zunehmender Reglementierung der Absatzwege – offensichtlich, dass sich auch vertikale Marktordnungen durch abgestimmtes Verhalten unterschiedlicher Wirtschaftsstufen vollziehen lassen.[31] Da die Vertriebskonzepte netzweit durchgesetzt werden, müssen sich an der Gleichrichtung sämtliche der autorisierten Händler beteiligen. Die Abstimmung kann auf *zwei Ebenen* stattfinden:[32] Einerseits im Verhältnis zwischen Hersteller und den einzelnen Händlern (oder einer verselbständigten Trägerorganisation)[33], andererseits unter den eingeschalteten Händlern selber. Freilich: Bezüglich dieser Symmetrie auf den Handelsstufen weiss man, dass

GABRIEL 802 f., MAYER-WEGELIN 61 f., LANGEN/NIEDERLEITHINGER/SCHMIDT 528 f., KERSTEN 69 f., ULMER, Abgestimmte Verhaltensweisen im Kartellrecht, Karlsruhe 1973, LIPPS R., Kartellvertrag und Parallelverhalten, WRP 1972, 351 f., BELKE R., Das Verbot der Verhaltensabstimmung nach § 25 Abs. 1 GWB, ZHR 1975, 51 f., MÖHLING Th., Abgestimmte Verhaltensweisen im Kartellrecht, NJW 1973, 777 f., LÜBBERT H.D., Das Verbot abgestimmten Verhaltens, Heidelberg 1975, SCHAUB D., Das Verbot aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen, in: Auslegungsfragen der zweiten GWB-Novelle, Köln 1974, 31 f.

29 So KUMMER, Begriff, 28.

30 Gleichschaltung ist zwar erforderlich, nicht aber hinreichend für Abstimmung im Verhalten. Anpassung kann ohne weiteres Ausfluss der Wahlfreiheit vom Konkurrenten sein. (Näheres hinten Bd. 2, 113 f.).

31 Vergl. etwa die Ausführungen bei EMMERICH, Auslegung, 313 f. sowie die Diskussion anlässlich des V. Kartellrechtsforums (wiedergegeben bei CANENBLEY, Diskussionsbericht, 204 f.). Damit sei die (wettbewerbsrechtliche) Frage nur angedeutet, wann einseitige Vertriebsgestaltungsvorkehren des Herstellers in kollektive (d.h. zwischen Hersteller und Händler abgestimmte) umschlagen. Die Problemstellung verdichtet sich, weil mit Selektionsprozessen eine Reihe von Reflexwirkungen verbunden sind, die sich – zumindest kartellrechtlich – nicht zwangsläufig dem "abgestimmten Verhalten" zuschlagen lassen. (Darüber eingehender hinten Bd. 2, 114 f.).

32 Gl.M. BELKE, Kundenbeschränkung, 75 f.

33 In den USA hat sich, namentlich im Gefolge der *General Motors*-Entscheidung, eine eigentliche *"Theorie der konspirativen Vertikalabstimmung"* entwickelt. (Vergl. BELKE, Kundenbeschränkung, 74 f. und MARKERT, Selektive Vertriebsmethoden, 257 f.).

jede vertikale Intervention, – fusse sie nun auf Vertrag, Empfehlung oder Druckanwendung –, eine horizontale Gleichschaltung der betroffenen Absatzstellen hervorruft. Systeme einzeln vollzogener[34], aber aufeinander abgestimmter Individualeinwirkungen verursachen die nämliche Gleichrichtung, wie wenn die Weisungsempfänger untereinander den Weisungsinhalt abgesprochen hätten.[35] Darüber hinaus können die Händler jedoch *informelle Kooperationen* aufnehmen, sei es in der Form von Absprachen über ein Akzept der Herstellervorschläge, sei es auch nur durch ein planmässiges Ausrichten dergestalt, dass eigenes Befolgen vom Befolgen durch den Nachbarn abhängig gemacht wird. Augenfällig ist solche Händlerkooperation zumal, wenn eigene Schritte zur Durchsetzung der Vertriebsordnung unternommen werden. Hiebei bemühen sich die Händler regelmässig um eine Zusammenarbeit mit dem Produzenten.[36] Seltener sind die Fälle, in denen Absatzstellen in eigener Regie kooperieren.[37] *Gegenständlich* können Hersteller und Händler beliebige Aktionsparameter der Vertriebs-

34 Die horizontale Abstimmung unter mehreren gleichartig vertikal intervenierenden Herstellern wird hier völlig ausser Acht gelassen. (Vergl. dazu etwa MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 218 f.).

35 HUBER (Empfehlungsverbot, 95) spricht vom *"Horizontaleffekt auf nachfolgender Stufe"*. Diese Gleichschaltung erörterte man namentlich im Zusammenhang mit Preisbindungen und -empfehlungen. (Vergl. FIKENTSCHER, Preisempfehlung, 64 f., Kartell und Wettbewerb 106, KUMMER, Begriff, 8 f.). Sie stellt sich aber bei jeder parallelen vertikalen Intervention ein.

36 Ein anschauliches Beispiel liefert der *General Motors*-Fall in den USA: Innerhalb des starren Fachhandelsvertriebs des Autoherstellers waren Brüche aufgetreten. Einzelne Händler hatten Discounter in ihr Vertriebsnetz aufgenommen. Zur Wiederherstellung der alten Absatzordnung unternahmen Hersteller und Händler eine gemeinsame konzertierte Aktion: Neben der informellen Kooperation zwischen Produzent und Händler setzten letztere ein eigenes Komitee zur Überwachung der Vertriebswege ein. Auf diese Weise blieb dem Niedrigpreishändler der Zutritt zum Neuwagenmarkt wiederum verschlossen. (Vergl. BELKE, Kundenbeschränkung, 3; ausführlich darüber auch MARKERT, Selektive Vertriebsmethoden, 257 f.).

37 Man denke etwa an den folgenden Sachverhalt: Einzelhändler kommen überein, von sich aus ausschliesslichen Verkehr über die autorisierten Absatzstellen zu gewährleisten. Ohne Geheiss des Herstellers stimmen sie ihre Vertriebspolitik dergestalt aufeinander ab, dass netzexterne Quer- und Rücklieferungen unterlassen werden. Vergl. auch den (freilich speziellen) Sachverhalt im Fall U.S. v. Sealy Inc. (NEALE 220).

politik abstimmen. Neben der "price conspiracy" ist das Zusammenspiel bei der Ordnung der Absatzwege hervorzuheben. Alsdann legen beide Marktpartner sich gemeinsam auf bestimmte (räumliche oder persönliche) Vertriebs-"Bindungen" fest.[37a]

e) Somit kennt die Absatzwirtschaft auch vertragslose Instrumente vertikaler Steuerung. Es bleibt die Frage, ob sich in Sonderheit *selektive Vertriebssysteme durch* solche *"Vertragssurrogate"* einrichten lassen. Die Rechtstatsachen geben eine eindeutige Antwort: Sie zeigen den selektiven Vertrieb als eine durch ein dichtes Geflecht wechselseitiger Bindungen geprägte Hersteller-Händler-Beziehung. Dem Produzenten und (insbesondere) dem Absatzmittler ist eine Fülle von Verpflichtungen überbunden. Solche vielschichtige Distributionsordnungen können aber kaum auf blosser Abstimmung oder auf Druckeinsatz gründen. In aller Regel sind nur schriftliche Verträge in der Lage, die umfassenden Kooperationsverhältnisse zu organisieren. Das Bedürfnis nach "Verkehrssicherheit" wird noch ersichtlicher, wenn man veranschlägt, dass der Hersteller nicht eine individuelle Geschäftsbeziehung, sondern ein verzweigtes Händlernetz aufzubauen hat.[38] Für Einheitlichkeit im Vertrieb sorgen deshalb allermeist standardisierte Musterverträge. Jedenfalls bleibt der *Händlerkontrakt Grundpfeiler der vertikalen Intervention*;[39] für eine globale Steuerung der Absatzwege taugen andere Organisationsmittel wenig.[39a]

37a Vergl. das Votum von Generaldirektor SCHLIEDER, wiedergegeben bei CANENBLEY, Diskussionsbericht, 200 und 203. – Einen Gebietsschutz durch abgestimmtes Verhalten hatte die Kommission im Entscheid *Pittsburgh-Corning-Europe* diagnostiziert: Dieser Hersteller von Isolierstoffen setzte in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedliche Preise an. Um Parallelexporte, im besonderen in das Hochpreisland Deutschland, zu unterbinden, erliessen seine Generalvertreter in Belgien und Holland eine neue Preisordnung mit stark erhöhten Ansätzen für Exportlieferungen. Hinter diesem Preissystem wähnte die Kommission ein abgestimmtes Verhalten zwischen Produzent und Generalvertretern. (Vergl. hinten Bd. 2, 57 f.) Eine Vertriebsregelung durch abgestimmtes Verhalten erblickte der Supreme Court auch im vorn geschilderten General Motors-Fall. Vergl. auch dessen Nachfolgeentscheid i.S. Ford Motor Co. v. Webster's Auto Sales Inc. (BELKE, Kundenbeschränkung, 76 f.).

38 Vergl. BELKE, Geschäftsverweigerung, 221.

39 Für den Vertrag spricht weiter, dass er noch immer für die bestmögliche Durchsetzbarkeit von Absatzpflichten sorgt.

39a Gl.M. wohl STUMPF/LÖSCH 27. Vergl. weiter die Ausführungen von Generaldirektor SCHLIEDER bei CANENBLEY, Diskussionsbericht, 205.

Indessen sind *einzelne Bindungen* durchaus mittels den erwähnten Vertragssurrogaten erwirkbar. Klar umgrenzte Verhaltensmuster lassen sich ohne Mühe abstimmen oder empfehlen. So begegnet man häufig vertikaler Preisbeeinflussung ohne Vertrag.[40] Gleiches gilt für die "faktischen" (persönlichen[41] oder räumlichen)[42] Vertriebsbindungen. Namentlich aus der amerikanischen Kartellrechtsprechung vernimmt man von vertragsfrei aufgenötigten Bezugsbindungen.[43]

Diese Einzelweisungen ergänzen oft eine vertraglich abgestützte Vertriebsordnung.[44] Die *zusätzlichen* "faktischen" Bindungen regeln dabei ein Verhalten, das wettbewerbsrechtlich nicht in die Vertragsabmachung eingeschlossen werden darf. (Bsp. für das Gemeinschaftsrecht: Gebietsschutz)[45] Besonders gern wird Kündigungsdrohung zur Erzwingung einer nicht vereinbarten (weil verbotenen) Bindung missbraucht.[46]

40 Vergl. hierüber die aufschlussreiche US-Rechtsprechung, insbesondere die neueren Entscheide in Sachen U.S. v. Park Davis, Simpson v. Union Oil of California und Albrecht v. Herold (SCHMIDT 242 f.; ausführlich auch BELKE, Kundenbeschränkung, 31 f.).

41 Vergl. als Exempel den General Motors-Fall (Fn. 36).

42 Vergl. den Kommissionsentscheid i.S. Pittsburgh-Corning-Europe (Fn. 37a).

43 Vergl. die Beispiele bei NEALE 210 sowie BELKE, Kundenbeschränkung, 59 f. – Interessant ist im Zusammenhang die Entwicklung im amerikanischen Automobilvertrieb. Vor dem Zweiten Weltkrieg waren die Händler vertraglich zu exklusivem Bezug angehalten. Nachdem das Justizministerium 1948 ein Einschreiten angedroht hatte, sahen die Hersteller von förmlichen Bindungen ab. Dennoch sind bis heute nur 9% der Absatzstellen als Mehrproduktehändler tätig. (Vergl. SCHMITT 144).

44 Gl.M. wohl SCHMITT (106), wenn er (im Zusammenhang mit Druckanwendung durch Geschäftsverweigerung) ausführt: "Denn in diesen Fällen geht es nicht um den Gebrauch der Geschäftsverweigerung zur Errichtung oder Wahrung eines balancierten selektiven Absatznetzes, sondern zur Durchsetzung zusätzlicher Restriktionen in einzelnen 'Notfällen'."

45 Vergl. wiederum den Pittsburgh-Corning-Sachverhalt (Fn. 37a): Auch hier fand der durch abgestimmtes Verhalten realisierte Gebietsschutz inmitten herkömmlicher Vertragsbeziehungen statt.

46 Dazu die Kommission: "Schliesslich musste auch gewürdigt werden, ob die BMW bzw. dem BMW-Direkthändler als Konzedenten zustehende Kündigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund ... wirtschaftliche Druckanwendung zulässt, um weiterge-

III. Die einzelnen Vertragsklauseln

1. Vorbemerkung

Der Händlerkontrakt des Selektivvertriebs ist *kein in sich geschlossener Vertragstypus,* sondern weist eine aussergewöhnliche Variationsbreite möglicher Bindungsinhalte auf.[1] Seine Ausgestaltung erfolgt im Einzelfall, zugeschnitten auf die konkrete marketing-politische Bedarfslage.

Nachstehend werden die verschiedenen Bindungstypen ausgebreitet.[2] Sie alle sind in selektiven Vertriebssystemen anzutreffen, obzwar das einzelne Vertragswerk sie kaum je in einer Reihe enthält. Die Überschau ist absatzwirtschaftlich, also nach den gebundenen Hersteller- resp. Händlerfunktionen gegliedert.[3] Auf eine marktstufenspezifische Unterscheidung der Händlerpflichten

hende Wettbewerbsbeschränkungen zu Lasten der BMW-Wiederverkäufer herbeizuführen, als sie der Vertragswortlaut zulässt." (BMW-Entscheid 6). Vergl. auch die in Fn. 43 aufgeführten amerikanischen Entscheide.

1 Vergl. etwa die Übersichten bei SCHLUEP, AVV I, 20 f., ULMER, Vertragshändler, 107 f. (mit wertvoller statistischer Verarbeitung; 127 f.), RENZ 4 f., STUMPF/LÖSCH 12 f., BUDCZIES 8 f., MAYERLE 6 f., BELKE, Geschäftsverweigerung, 207 f., LÖWISCH 45 f., SCHULTE-MÄTER 2 f., WINKEL 24 f.; ausführlich insbesondere die Arbeiten von STUMPF.

2 Das *Material* entstammt in erster Linie dem (in letzter Zeit sehr umfangreich gewordenen) Schrifttum zu den Händlerverträgen und den darin veröffentlichten Vertragsmustern. Es wurde vervollständigt und verifiziert durch eigene Untersuchungen und Interviews. Eine unmittelbare Bezugnahme auf deren Ergebnisse musste der Geheimhaltungswünsche der meisten Hersteller wegen unterbleiben. Aufschluss vermittelten zudem die Sachverhaltsbeschriebe in den Entscheiden der Wettbewerbsbehörden.

3 Am Rande gesellen sich noch andere Bindungen dazu, wie etwa die allgemeine Absatzförderungs- und Interessenwahrnehmungspflicht, der kaufrechtliche Rahmen oder die gemeinen vertraglichen Absprachen.

wurde verzichtet.[4] Die Bindungen stehen bei ihrem Einsatz selbstredend in einem funktionalen Zusammenhang.[5]

Das Vertragswerk schliesst ein Bündel wechselseitiger Pflichten von Produktion und Handel ein. Dennoch ist es recht eigentlich von *Händlerbindungen* geprägt.[6] Sie bilden auch den seinstypischen Kerngehalt der Vertriebsform.[7] Die Dominanz der Händlerpflichten ist mithin nichts anderes als vertraglicher Ausfluss der Marketing-Führerschaft des Herstellers.

2. Selektion

Die Selektion selber ist nicht Bindungsinhalt, sondern *tatsächlicher Vorgang.* Sie kann indessen zu einem solchen gemacht werden, wenn sich Hersteller oder Händler die Abnehmerauswahl vorbestimmen lassen.[8] [9] Wie man weiss, heisst Selektion hier immer Elimination (Ausschaltung/Nichteinschaltung).[10] Sie geht im Begriff der *einfachen Geschäftsverweigerung* auf, meint sonach die Ablehnung des Abschlussangebotes eines Nachfragers.[11] Das Selektionsmotiv ist in selektiven Vertrieb vorbestimmt. Nie geht es um ein spontanes und sporadisches Refus, vielleicht der grünen

4 Es versteht sich von selbst, dass sich – je nach der stufenindividuellen Funktionszuteilung – die Bindungsinhalte auf Gross- und Einzelhandelsebene unterscheiden. (Vergl. vorn 53).

5 Die Homogenität solcher verästelter Vertriebssysteme bestätigt auch die Kommission. (Omega-Entscheid 22 und Saba-Entscheid 20).

6 Gl.M. ULMER, Vertragshändler, 110 und BELKE, Geschäftsverweigerung, 208. – Die Händlerpflichten sind in der Regel auch weit besser konkretisiert.

7 Vergl. hinten 231 f.

8 Verspricht der Hersteller selektive oder (insbesondere) exklusive Belieferung, liegt eine Absatzbindung vor (hinten 169 f.), tut es der Händler, geht er eine Vertriebsbindung ein (hinten 192 f.).

9 Zur Selektivität als absatzpolitische Leitidee vorn.

10 Vergl. vorn 39 f.

11 Vergl. BELKE, Geschäftsverweigerung, 122.

Augen, vielleicht der unerträglichen Gemahlin des Abnehmers wegen. Die Auswahlprozesse finden immer im Rahmen einer umfassenden Absatzidee statt. Die Politik der Abnehmerbeschränkung wird netzweit einheitlich und in Abstimmung mit den angeschlossenen Händlerverträgen betrieben.[12]

Mannigfach sind die *Selektionsprozesse.* Sie können auf Grosswie auf Einzelhandelsstufe, – evtl. unterschiedlich –, erfolgen[13] und qualitativ oder quantitativ ausfallen.[14] Die Händlerbefähigung mag individuell oder vermittels Zugehörigkeit zu einer bestimmten Handelsbetriebsform festgestellt werden.[15] Bekannt ist auch die Vielfalt der *Selektionskriterien:* Die Händler werden entweder nach der finanziellen Leistungskraft,[16] nach Abnahmemengen[17] oder nach Marketing-Funktionen[18] ausgelesen.[19]

3. Absatzförderungs- und Interessenwahrnehmungspflichten

Manche Verträge enthalten als Ingress eine allgemein gehaltene Weisung an den Absatzmittler, die Interessen des Herstellers zu wahren und (oder) den Absatz seiner Erzeugnisse zu fördern.[20]

12 Zur Interdependenz zwischen Selektion und Vertragshandelsbindungen vergl. die vorstehende Ziffer I.

13 Vorn 53.

14 Vorn 54 f.

15 Vorn 56 f.

16 Insbesondere: Zahlungsmodus, Kapitalkraft, Kreditwürdigkeit.

17 Insbesondere: Jahresbestellmengen, Auftragsgrössen.

18 Beispiele: Sortiment, Standort, Kundenkreis, Beratung, Werbung, Kundendienst, Lagerhaltung usw.

19 Vorn 93 f.

20 So bestimmt etwa Ziffer 2.2. eines Automobilgrosshändler-Vertrages: "Die Firma wird die Interessen des (A) vertreten und in jeder Weise fördern". (SCHENK/VÖLK 99; vergl. auch die Kommissionsentscheidungen Omega 22, BMW 1 und Rieckermann/AEG-Elotherm 26) – Derartige Absatzförderungs- und Interessenwahrneh-

Sie stellt eine umfassende *vertriebspolitische Treue- und Sorgfaltspflicht* dar.[21] Welche Obliegenheiten dem Händler im einzelnen erwachsen, ist nicht ausgemacht. Man wird ihm die nach Treu und Glauben sowie nach Branchenusanz gebotene Diligenz bei der Geschäftsbesorgung zumuten müssen.[22] [23] Dem Interessenwahrnehmungscharakter des Händlervertrages entspricht auch die (teilweise explicite vereinbarte) persönliche Leistungspflicht des Absatzmittlers.[24] Eine derartige Generalklausel gibt freilich zu wenig klare Verhaltensmassregeln ab, als dass sie in der Praxis den Rahmen eines blossen "Kooperationsmottos" sprengen könnte.[24a] Das konkrete Einwirkungsfeld des Herstellers entsteht erst, wenn

mungsklauseln erwähnen auch ULMER, Vertragshändler, 110 f., SANGMEISTER 65 f., RENZ 8, BUDCZIES 10 f., STUMPF 27 f., ders., Vertragshändlervertrag, 39 f., WYNIGER 8.

21 Dazu RENZ 8: "Die Formularverträge sehen dementsprechend vielfach ausdrücklich vor, dass der Vertragshändler verpflichtet ist, den Absatz der Vertragserzeugnisse nachhaltig zu fördern, das Vertragsgebiet gründlich zu bearbeiten, sich ganz der Tätigkeit für das Unternehmen zu widmen und die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass es seine Vertragspflichten ordnungsgemäss erfüllen kann."

22 Ähnlich die Formulierung in Art. 1 des VDMA-Vertragsmusters: "Ferner hat er (sc. der Händler) mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns die Interessen des Herstellers wahrzunehmen." (STUMPF/LÖSCH 59) Ebenso § 4 Ziff. 2 des HkDS-Mustervertrages (MAIER/MEYER-MARSILIUS 48) – Vergl. die Konkretisierung des Pflichtenheftes bei STUMPF 27 f. sowie die Ausführungen von MAIER/MEYER-MARSILIUS 12 f. und MAIER, AVV, 9 f.

23 Gelegentlich stösst man auf Sonderformen: So kann die Absatzförderungs- und Interessenwahrnehmungspflicht spezifisch gefasst sein als Bindung, in einem bestimmten Vertragsgebiet um gesteigerten Absatz bemüht zu sein.

24 Vergl. (mit näheren Präzisierungen) STUMPF, Vertragshändlervertrag, 56 f. – Wandel in der Führungsstruktur des Händlerbetriebes, Tod des Geschäftsinhabers oder Änderung des Rechtskleides bilden deshalb regelmässig einen Kündigungsgrund. (So auch BUDCZIES 12) – Zur allgemeinen schuldrechtlichen Regelung der persönlichen Leistungspflicht vergl. (für das Schweizer Recht) etwa GUHL/MERZ/KUMMER 61, VON BÜREN, OR, Allgemeiner Teil, 451 f., BECKER, Kommentar, 363 f., VON THUR/ESCHER 23 f.

24a Gl.M. offenbar RENZ 8 f. und BUDCZIES 12. Im Regelfall müssen deshalb ausformulierte Händlerpflichten einspringen. (Anders – mit einer weitgefassten Aufzählung ableitbarer Pflichten – STUMPF, Vertragshändlervertrag, 39 f.).

ihm ein eigentliches *Weisungsrecht* zugestanden wird.[24b] Ist die Befehlsgewalt umfassend, können sich weitere Bindungen erübrigen.[24c]

4. Kaufvertragliche Pflichten, Mindestabnahmen

Die Grundpflichten des Synallagmas sind kaufrechtlicher Natur.[25] Sie halten den Hersteller zur Lieferung, den Händlei zur Bezahlung der Ware an. Festgehalten sind sie stets im formularmässigen *Rahmenvertrag,*[26] [27] der die elementaren Daten des Leistungsaustausches regelt. Einzelheiten werden in individuellen *Ausführungsverträgen* geordnet.[28]

24b So Ziffer 2.6. des Automobilgrosshändler-Vertrages bei SCHENK/VÖLK 99. Das Weisungsrecht kann auch negativ abgefasst sein im Sinne eines Katalogs zustimmungsbedürftiger Händlermassnahmen. (Exemplarisch Ziffer 1.3. des BMW-Vertrages; SCHMITT 385 f.).

24c Vergl. ULMER, Vertragshändler, 135 f., BELKE, Geschäftsverweigerung, 211, LÖWISCH 53 und BUDCZIES 12. WINKEL (29) spricht vom "stärkste(n) Grad der Bevormundung".

25 Vergl. SCHLUEP, AVV I, 20, ders., AVV II, 274, WYNIGER 8.

26 Ein solcher Rahmenvertrag ist deshalb unentbehrlich, weil der Leistungsaustausch auf Dauer konzipiert ist, sich also nicht im einmaligen Kaufakt erschöpft. Erstrebt wird eine *langfristige Umsatzmaximierung* in den einzelnen Geschäftsbeziehungen. (Vergl. SCHLUEP, AVV I, 20, WYNIGER 8).

27 Den *Formularcharakter* dieser Rahmenverträge betonen auch STÖVER 97, SCHWARTZ, Kommentar, 18, BUDCZIES 8 und BELKE, Geschäftsverweigerung, 207. – Ein im Sinne der klassischen Vertragslehre zwischen den Kontrahenten gegenseitig und individuell ausgehandelter Inhalt ist selten; er vereitelte auch die gewünschte Einheitlichkeit im Vertrieb. (Ausführlich darüber ULMER, Vertragshändler, 109 f.).

28 Diese Doppelspur in den Vertragsbeziehungen – hier Dauerrahmenvertrag, dort Einzelkaufkontrakt – wird auch im Schrifttum zunehmend erkannt. (Vergl. MESTMÄCKER, Ausschliesslichkeitsverträge, 621, WINKEL 44, STÖVER 97, MAIER/MEYER-MARSILIUS 10, MAIER, AVV, 6, STUMPF 25, ULMER, Vertragshändler, 124 f.; eingehend zum Rahmenvertrag BELKE, Geschäftsverweigerung, 207).

So sind die Vertragswaren nach dem Rahmenkontrakt bestimmt (oder bestimmbar).[29] Für Preise und Konditionen wird dagegen auf die Durchführungsverträge verwiesen,[30] meistenteils gar auf die (einseitig erlassenen) Geschäftsbedingungen des Herstellers "in ihrer jeweils gültigen Fassung".[31] Einer abgesprochenen (Mindest-) Lieferpflicht begegnet man selten,[32] obwohl sie schuldrechtlich nur in Grenzen besteht.[33] Eher bringt der Produzent selber Liefervorbehalte an.[34] [35]

29 Unter Umständen ist eine Liefer- und (oder) Bezugspflicht im Sortimentsverbund ausgemacht. (ULMER, Vertragshändler, 124; vergl. auch die nicht unberechtigten Bedenken gegen eine unpräzise Umschreibung der Vertragserzeugnisse bei STUMPF 23 und ders., Vertragshändlervertrag, 35) – Der Hersteller behält sich allermeist das Recht vor, die Vertragswaren abzuändern oder sein Produktionsprogramm einzuengen und auszuweiten. (Vergl. ULMER, Vertragshändler, 124, STUMPF, Vertragshändlervertrag, 35 f. und BUDCZIES 9).

30) Einzelheiten bei ULMER, Vertragshändler, 125 und MAIER/MEYER-MARSILIUS 52 f.; zum Händlerrabatt insb. STUMPF, Vertragshändlervertrag, 87 f.

31 Vergl. Ziffer 5 des BMW-Vertrages (SCHMITT 181), den Kodak-Entscheid 24 und STUMPF 56; dazu die ausführlichen Preisregeln in Ziffer 11.1. des Automobilgrosshändler-Vertrages bei SCHENK/VÖLK 104 sowie § 6 des HkDS-Mustervertrages bei MAIER/MEYER-MARSILIUS 51. Auch die Höhe der Handelsspanne liegt meist im herstellerischen Ermessen.

32 So auch die Ergebnisse der Untersuchung von ULMER (Vertragshändler, 125); anders GRAUPNER, AVV, 52 und BUDCZIES 8 f.

33 Fehlt es an vertraglich verabredeter Lieferpflicht, wird man wohl nur eine treuwidrige Ablehnung von Bestellungen bemängeln können. Mithin besteht *keine* aus dem Rahmenkontrakt herauswachsende *Kontrahierungspflicht für die Ausführungsverträge,* etwa analog dem Abrufrecht beim Sukzessivliefervertrag. (STUMPF 55, ders., Vertragshändlervertrag, 72, MAIER/MEYER-MARSILIUS 12 f., MAIER, AVV, 10; a.M. PRÖBSTING 69 f.). Eine Ausnahme kann im Falle von Mindestabnahmemengen und (oder) Bezugsbindungen vorliegen. (Vergl. MAIER, AVV, 11; ausführlich darüber ULMER, Vertragshändler, 309 f. und STUMPF, Vertragshändler, 73 f.). Zu empfehlen ist daher wenigstens eine Mitteilungspflicht des Herstellers bei Auftragsablehnung. (So § 3 Ziff. 1 HkDS – Vertragsmuster bei MAIER/MEYER-MARSILIUS 47; vergl. auch STUMPF, Vertragshändlervertrag, 71).

34 Vergl. zum Beispiel § 13 des Pfaff-Händlervertrages bei SCHENK/VÖLK 96. Solche Liefervorbehalte können sich sowohl auf Liefermenge wie auf Liefertermin beziehen. Bei umfassender Ausgestaltung kommen sie einem Verzicht des Händlers auf Vertragsklage wegen Nicht- oder nicht rechtzeitiger Erfüllung gleich.

Bedeutsamste Bindung des kaufvertraglichen Komplexes ist die *Mindestabnahmepflicht.*[36] Sie bürdet dem Händler den Bezug eines festgelegten Quantums an Vertragswaren innerhalb einer bestimmten Zeitspanne auf[37] und dient der Aufrechterhaltung eines konstanteren Warenflusses, zumal einer Verbesserung von Vertriebs- und Produktionsplanung, sowie einer Abwälzung von Lagerhaltungsrisiken.[38] Die Liefermengen werden nicht im Rahmenvertrag festgelegt, sondern mit dem Händler (aufgrund prognostizierter Absatzerwartungen[39]) in den Ausführungskonventionen

35 Hier nur am Rande erwähnt seien die Probleme der Eigentumsvorbehaltsgestaltung beim Kreditkauf. (Ausführlich, mit weiteren Hinweisen, STUMPF 32 f., MAIER/MEYER-MARSILIUS 36 f. und STUMPF, Vertragshändlervertrag, 44 f.).

36 In den USA spricht man von *"performance standards"* (SCHMITT 124). – Solche Mindestabnahmen sind keineswegs mit dem Kauf eines vorbestimmten fixen Warenquantums identisch. Sie bestimmen lediglich die mengenmässige Untergrenze der Bezugspflicht. (Richtig die Präzisierung von WYNIGER 28 f.).

37 So regelt Ziffer 6 des BMW-Vertrages (SCHMITT 382): "Grundlage der Verkaufsbemühungen des Direkthändlers ist die von BMW in Abstimmung mit dem Direkthändler festgelegte Jahreszielsetzung für den Verkauf. Diese Jahreszielsetzung wird jeweils rechtzeitig vor Beginn eines Verkaufsjahres gemeinsam von BMW und dem Direkthändler festgelegt..." – Vergl. weiter Art. 3 des VDMA-Vertragsmusters (STUMPF/LÖSCH 60 f.), den Grundig/Consten-Entscheid 328, die Kommissionsentscheide Saba 22 und Goodyear 10 sowie Art. 2 Ziff. 2 der VO 67/67. Auch das Schrifttum verweist verschiedentlich auf solche Mindestabnahmepflichten: BECKMAN/MAYNARD/DAVIDSON 622 f., HINTERMANN 113 f., WINKEL 27 f., VON BRUNN 58 f., WEIL 293, WYNIGER 28 f., SCHLUEP, AVV I, 20, MAYERLE 23, RENZ 9, ULMER, Vertragshändler, 112 f., STUMPF 34, ders., Vertragshändlervertrag, 47 f., BELKE, Geschäftsverweigerung, 209 und LANG 127 resp. 156. – Meist werden Jahresbestellmengen abgesprochen, erdenklich sind auch Mindestabnahmen über mehrere Jahre. (Vergl. BELKE, Geschäftsverweigerung, 209) Ist eine lange Zeitspanne vorgeplant, empfiehlt sich eine Aufsplitterung auf Teilzeiträume. (Vergl. STUMPF/LÖSCH 90 Fn. 6 und MAIER/MEYER-MARSILIUS 51 – Aus dem Blickwinkel vertraglicher Billigkeit ist es wünschenswert, dem Hersteller wenigstens im Umfange der händlerischen Bezugsquote eine Lieferpflicht (dazu vorn Fn. 33) aufzuladen. (So § 5 Ziff. 2 des HkDS-Vertrages bei MAIER/MEYER-MARSILIUS 50).

38 Vergl. vorn 122 f. und 131 f.

39 Zum Beispiel "auf der Basis der im vergangenen Zeitraum vom VH erzielten Umsätze, des Marktanteils des Herstellers im Vertragsgebiet im Vergleich zu dem im Bundesdurchschnitt erzielten Anteil und der vom Hersteller angestrebten Zuwachsrate...". (ULMER, Vertragshändler, 112; vergl. ferner STUMPF, Vertragshändlervertrag, 48, Saba-Entscheid 22 und Ziff. 6 des BMW-Vertrages bei SCHMITT 382).

vereinbart oder einseitig vom Hersteller verfügt. Die *Ausgestaltung* der Mindestabnahmepflichten variiert in der Praxis. Teils haben sie blossen Richtgrössencharakter[40], teils entfalten sie – bei überbordenden Ansätzen – Ausschliesslichkeitswirkungen.[41] Ähnliche Effekte können auch progressiv gestaffelte Rabattsätze[42] oder Vorausdispositionspflichten[43] auslösen. Zur Durchsetzung sehen eine Reihe von Vertragshandelsverträgen wirksame Sanktions- und Pressionsmittel vor.[44]

5. Absatzbindungen

a) Begriff

Das Schrifttum gebraucht den Terminus der "Absatzbindung" uneinheitlich.[45] Teils schliesst man unterschiedliche Bindungsinhalte ein[46], teils verkennt man das Bindungssubjekt.[47] Hier wird

40 ULMER, Vertragshändler, 113 und 124. Nicht selten werden – insbesondere bei Neueingliederung eines Händlers – progressive Mindestabnahmepflichten ausgemacht. (STUMPF/LÖSCH 60, Fn. 6 und MAIER/MEYER-MARSILIUS 51; beachtlich die Vereinbarung einer "Anlaufzeit" im Völk/Verwaecke-Entscheid).

41 Vergl. hinten 191.

42 Vergl. ULMER, Vertragshändler, 134. Wirksam ist überdies die Kopplung der Mindestabnahmen mit einem entsprechend gestaffelten Prämiensystem. (Exemplarisch Saba-Entscheid 23 sowie § 5 des HkDS-Vertragsmusters bei MAIER/MEYER-MARSILIUS 50).

43 Vorausdispositionspflichten – sie enthalten ebenfalls feste Bezugsmengen – sind "mildere" Mindestabnahmepflichten. Die konkrete Lieferquote wird vom Händler vorgeplant und vorbestellt. (Darüber hinten 212).

44 Vielfach bildet die Unterschreitung der Mindestbezüge einen selbständigen Kündigungsgrund. (Saba-Entscheid 22 und Art. 3 des VDMA-Vertragsmusters bei STUMPF/LÖSCH 60 f.) Weitere Sanktionsmittel: Rabattkürzung, Entzug von Exklusivrechten, Schmälerung des Vertragsgebietes etc. (Vergl. ULMER, Vertragshändler, 113 und STUMPF 32).

45 Ebenso SUNDHOFF, Absatzbindungen, 481 und ULMER, Absatzbindungen, 26 f.

46 Zu weit greift ein Begriff der "Absatzbindung", der sämtliche (auch horizontalen) Bindungen erfassen soll, die den Absatz von Waren in irgendeiner Weise regeln.

Absatzbindung alleinig verstanden als *Beschränkung des Herstellers hinsichtlich seiner Absatzstellenzahl.* Er verpflichtet sich dem (oder den) Nachfrager(n) gegenüber, nur einen gewissen Abnehmerkreis zu beliefern.[48] Absatzbindungen sind Ausdruck eines Versprechens zur Selbstbindung des Produzenten auf das grundlegende Marketingkonzept. Was mithin dem Händler vorgeschrieben, soll auch dem Hersteller zur Pflicht gemacht sein.[49]

b) Arten

aa) Persönliche und räumliche Absatzbindungen

Persönliche und räumliche Absatzbindungen unterscheiden sich nach den dem Produzenten vorgeschriebenen Auswahlgesichtspunkten.

(Vergl. ULMER, Absatzbindungen, 27) Beispielhaft für einen derartig ausgedehnten Begriff SUNDHOFF, der zwischen Absatzbindungen im weitesten, im engeren und im engsten Sinne unterscheidet. Er selber ordnet ihm Bindungen der Qualitätspolitik, der Produktgestaltungspolitik, der Konditionenpolitik, der Servicepolitik, der Werbepolitik, der Zugabenpolitik, der Sortimentspolitik und der Präsentationspolitik zu. (SUNDHOFF, Absatzbindungen, 485 f.; vergl. den ähnlichen Begriff der "Abnehmerbindung" bei BIDLINGMAIER, Marketing, Bd. 2, 352 f.) – Andererseits zeigt ein zu enges Begriffsverständnis, wer "Absatzbindung" generell mit räumlich exklusiver Absatzbindung (Alleinvertrieb) gleichsetzt. (So etwa HELLMANN/PFEIFFER 244, SCHWARTZ, Ausschliesslichkeitsverträge, 197, SCHMITT 194, NIENS 17). – Ebenfalls nicht den Absatzbindungen schlagen wir die Verpflichtung des Herstellers zu, keine Produktneuheiten zu vertreiben, solange sich noch Erzeugnisse des Vorgängertyps in Händlerlagern befinden. (Anders SÖLTER, Vertriebsbindungen, 12 und NIENS 18). Hier geht es nicht um eine Beschneidung der Abnehmerwahlfreiheit, sondern um eine Einschränkung der absetzbaren Waren.

47 Häufig unklar ist die terminologische Grenzziehung zwischen "Absatzbindung" und "Vertriebsbindung". Beide schreiben zwar Abnehmerselektion vor. Die Absatzbindung ist indessen an den Hersteller, die Vertriebsbindung an den Händler gerichtet. (Richtig ULMER, Absatzbindungen, 27 und NIENS 9, Fn. 6). Im Schrifttum werden die beiden Begriffe noch häufig gleichgesetzt oder verwechselt. (Vergl. etwa WESTRICK 757, BÜNTIG 101, SANDROCK, Grundbegriffe, 434, GRAUEL 481, SCHULTE-MÄTER 74).

48 Sinngleich ULMER, Vertragshändler, 121 und ders., Absatzbindungen, 28.

49 Vergl. ULMER, Absatzbindungen, 28.

a) *Persönliche Absatzbindungen*

Bei diesem Bindungstypus muss sich die Auslese nach den *persönlichen* Vertriebseigenschaften der Händler vollziehen. Ausser Spiel bleiben territoriale Aspekte (Zuweisung eines bestimmten Vertragsgebietes).[50] Die Selektion kann marktstufenspezifisch oder marktstufenindifferent angelegt sein.

aa) *Marktstufenspezifische Absatzbindungen*

Sie verbieten oder gebieten dem Hersteller die Anlieferung bestimmter *Marktstufen.* Damit soll eine zweckdienliche Funktionszuteilung in den Vertriebsketten verbürgt und den "übersprungenen" Händlern Konkurrenz durch den Hersteller erspart werden.[51] Wichtigste[52] marktstufenspezifische Absatzbindung ist das *Direktverkaufsverbot*[53], das – unter Auslassung des Zwischenhandels – unmittelbar dem Endverbraucher anzubieten untersagt. Nicht selten behält sich der Hersteller ein beschränktes Direktverkaufsrecht für bestimmte Nachfragergruppen (insbesondere Gross-

50 Ähnlich wie hier ULMER, Absatzbindungen, 29 f.

51 Vergl. hinten 275.

52 Denkbar erschiene auch ein Verbot der Belieferung des Einzelhandels (Überspringen des Grosshandels).

53 ULMER (Vertragshändler, 122) spricht von "einfacher Absatzbindung"; vergl. auch BECKER, Vertical Agreements, 102. – Zur Frage, ob ein derartiges Direktverkaufsverbot in jedem Alleinvertrieb mitverabredet sei, vergl. hinten 175 f.

54 Vergl. STUMPF 59, GRAUPNER, AVV, 52, RENZ 8 f., BELKE, Geschäftsverweigerung, 212 und ULMER, Vertragshändler, 116 f. Besondere Verbreitung finden diese ausbedungenen Direktlieferrechte im Automobilvertrieb. So bestimmt etwa Ziffer 3.4. des BMW-Vertrages (SCHMITT 380):
"BMW ist berechtigt, selbst unmittelbar oder mittelbar Vertragsware zu verkaufen bzw. zu liefern:
a) an Grossabnehmer
b) an Behörden oder solchen gleichzusetzende nationale oder internationale Organisationen
c) an ausländische Dienststellen und Angehörige ausländischer Truppen innerhalb Deutschlands

abnehmer) vor.[54] [55] Für systemwidrige Verbraucherlieferungen können Vergütungsansprüche des Händlers ausgemacht sein.[56]

ββ) *Marktstufenindifferente Absatzbindungen*

Diese (in der Praxis raren)[57] Bindungen erlauben dem Hersteller nur einen Geschäftsverkehr mit vorbestimmten Abnehmern oder Abnehmerkategorien innerhalb der nämlichen Marktstufe.[58] Er verpflichtet sich zur ausschliesslichen Bedienung des *autorisierten Händlerkreises.*[59] Die Selektion kann ihm als quantitative oder

d) an vom Werk anerkannte Sportfahrer
e) an ausländische Touristen
f) an Mitglieder des Aufsichtsrates sowie Werkangehörige oder Angehörige von Tochtergesellschaften zu deren eigenem Gebrauch...".

Vergl. auch Ziffer 5 des Automobilgrosshändler-Vertrages bei SCHENK/VÖLK 102 und den Goodyear/Euram-Entscheid 10. Um Unklarheiten zu vermeiden, empfiehlt es sich, die vorbehaltenen Nachfragergruppen sehr präzise zu umschreiben. (STUMPF 92). Anzuraten wäre z.B. die namentliche Aufführung der dem Produzenten reservierten Firmen. (So § 2 Ziff. 5 des Mustervertrages der HkDS bei MAIER/MEYER-MARSILIUS 46; vergl. ebenfalls STUMPF, Vertragshändlervertrag, 86).

55 Denkbar ist auch ein Direktverkaufsrecht zur Korrektur unbefriedigender Händlerleistungen.

56 Vergl. BELKE, Geschäftsverweigerung, 212. Ausführliches darüber bei PRÖBSTING 50 f., STUMPF 61 f. und ders., Vertragshändlervertrag, 90 f.; dazu auch Art. 15 Variante B des VDMA-Vertragsmusters bei STUMPF/ LÖSCH 64 sowie § 2 Ziff. 5 des HkDS-Mustervertrages bei MAIER/MEYER-MARSILIUS 46.

57 Dass der Hersteller – mit Ausnahme des Alleinvertriebs – derartige Selbstbeschränkungen im Absatz nur selten eingeht, dürfte vorab der Machtverteilung in den Distributionskanälen zuzuschreiben sein. Hiezu tritt ein weiteres: An qualitativ ausgerichtete Abnehmersperren wird sich der Hersteller (als Marketing-Führer) aus Gründen der Vertriebspflege allemal selber halten. Sie vertraglich abzusichern, mag sich (auch aus Händleroptik) erübrigen.

58 Sie wären damit Spiegelbild zu den verbreiteten persönlichen marktstufenindifferenten Vertriebsbindungen. (Vergl. hinten 197 f.).

59 Beispiel: "Die Firma Rochas verpflichtet sich ihrerseits, die Waren ihrer Marke nicht an andere Personen als ihre Konzessionäre zu liefern". (Rochas-Entscheid 517; vergl. auch den Junghans-Entscheid 13).

qualitative[60] auferlegt sein. Rechtstatsächlich ist erwiesen, dass Hersteller meist Bindungen ausweichen, die die bestehende Verteilungsdichte zementieren.[61] Geläufig ist vielmehr eine gegenteilige Klausel mit dem Recht, unter bestimmten Voraussetzungen – (neue Bedarfsentwicklung[62], ungenügender Verkaufserfolg[63]) – die Absatzstellenzahl eigenmächtig auszubauen.

β) *Räumliche Absatzbindungen (insbesondere Alleinvertrieb)*

Sie verlangen vom Hersteller eine Selektion nach *territorialen* Merkmalen. Nahezu ausnahmslos sind sie als exklusive räumliche Absatzbindung vereinbart (Alleinvertrieb).

60 Selektion nach der finanziellen Leistungsfähigkeit, nach Abnahmemengen oder nach Marketing-Funktionen (analog den gleichgelagerten Vertriebsbindungen). Solche Auswahlanweisungen an den Hersteller sind der Praxis allerdings fremd.

61 Ebenso SCHMITT 194.

62 Damit behält sich der Hersteller die Möglichkeit vor, die Vertriebsdichte zunehmenden Käuferpräferenzen anzupassen. – So bestimmt Ziffer 3.2. des Automobilgrosshändler-Vertrages bei SCHENK/VÖLK (100 f.): "Das (A) ist berechtigt, wenn ihm das aus absatztechnischen oder sonstigen Gründen angezeigt und notwendig erscheint, das Vertragsgebiet der Firma... zu ändern und/oder weitere Grosshändler bzw. Direkthändler einzusetzen". (Vergl. auch RENZ 6, WINKEL 4 und MAYERLE 6) – Bisweilen wird dem Händler immerhin ein Informations- und Anhörungsrecht zugestanden. (Vergl. Ziffer 3.3. des BMW-Vertrages bei SCHMITT 380).

63 Vergl. die Subvariante des HkDS-Vertragsmusters bei MAIER/MEYER-MARSILIUS 45 (mit Vorbehalten von MAIER, AVV, 57) – Hier hängt die Einhaltung der Absatzbindung durch den Hersteller von den Absatzleistungen des Händlers ab. Letzterer kann sonach mit eigenen Verkaufsanstrengungen die Distributionsdichte steuern. Mithin liegt eine "indirekte" (weil bedingte) Absatzbindung vor. (SCHMITT 194 f.).

ββ) *Begriff und Umfang des Alleinvertriebsrechts*

In der Alleinvertriebsklausel verspricht der Produzent, seine Waren[64] im betreffenden Vertragsgebiet[65] nur über einen einzigen Händler abzusetzen.[66] Sie räumt dem Alleinvertreter mithin das *exklusive Recht auf Direktbezug* beim Erzeuger ein.[67] Unverkennbar liegt eine Ausschliesslichkeitsbindung vor, die einen Kontrahenten darauf festnagelt, "bestimmte Rechtsgeschäfte oder einen bestimmten Kreis von Rechtsgeschäften nur mit seinem Vertragspartner vorzunehmen".[68] Vom Alleinvertrieb selber zu unterschei-

64 Das Alleinvertriebsrecht beschlägt allermeist ein bestimmtes Produkt oder eine bestimmte Produktkategorie. Lieferungen mit gänzlich andersartigen Waren sind gestattet. (Vergl. PRÖBSTING 49 f.).

65 Exklusiver Verkehr ohne räumlichen Bezug ist äusserst selten (gl.M. WINKEL 4), wiewohl sich ein solcher durchaus vorstellen lässt: Der Hersteller setzt schlechthin nur einen Händler ein, der seinen gesamten Absatz besorgt. (Vergl. MAYERLE 10; aufschlussreich der amerikanische Bausch and Lomb-Entscheid, wiedergegeben bei SCHULTE-MÄTER 44 f.). Erwähnt sei ferner der Alleinvertrieb bezüglich eines bestimmten Kundenkreises. (Vergl. SÖLTER, Vertriebsbindungen, 14, PRÖBSTING 3, LANGEN/NIEDERLEITHINGER/SCHMIDT 354).

66 Vergl. SCHLUEP, AVV I, 20 f., ders., Innominatverträge, 74 f., SCHWARTZ, Kommentar, 36, GANSHOF 828, BELLAMY/CHILD 172, TESSIN, AVV, 128, STUMPF 14, WYNIGER 17, WINKEL 3 f., STUMPF/LÖSCH 13. Die Natur der Alleinvertriebsklausel ist noch nicht durchgängig erkannt. (Zum Beispiel zu Unrecht den "Vertriebsbindungen" zugeschlagen bei MÜLLER-FEMBECK 110; vergl. auch die Übersicht bei WINKEL 10 f.). – Der französische Sprachgebrauch bezeichnet die Alleinvertriebsklausel als *"exclusivité de vente"* oder "exclusivité de fourniture" (vergl. BELKE, Geschäftsverweigerung, 211 Fn. 42), der englische (gemeinhin) als *"exclusive franchising"* (BECKER, Vertical Agreements, 102 und SCHULTE-MÄTER 34; vergl. indessen die verfeinerte Terminologie bei BELLAMY/CHILD 172 f.).

67 Man vermerke: Alleinvertrieb verschafft kein Exklusivrecht, die Waren im betreffenden Vertragsgebiet abzusetzen. Den Händlern in benachbarten Markträumen ist mit der (bloss an den Hersteller adressierten) Absatzbindung nicht verboten, Übergrenzlieferungen vorzunehmen und so Intra-brand-Wettbewerb zu entfachen.

68 RITTNER, Ausschliesslichkeitsbindungen, 13. (Vergl. zum Begriff auch KRASSER 10 f., BIEDENKOPF, Wettbewerbsbeschränkung, 17 f., LEHMPFUHL 36 f. sowie das zahlreiche Schrifttum zu § 18 GBW, zusammengestellt bei SCHWARTZ, Kommentar, 23) – Ausschliesslichkeitsbindungen werden in dieser Arbeit nicht als selbständiger Bindungstypus abgehandelt. Ihnen liegt auch kein einheitlicher Weisungsgehalt zugrunde. (Vergl. zum "Ober- oder Sammelbegriffcharakter" der Ausschliesslichkeitsbindungen SANDROCK, Grundbegriffe, 413, RUHWINKEL 8,

den ist dessen vertragliches Gewand (Alleinvertriebsvertrag), das zumeist noch eine Reihe weiterer Bindungen einschliesst.[69] Alleinvertriebsbindungen sind im selektiven Vertrieb ausserordentlich verbreitet. Namentlich im Aussenhandel räumt der Produzent den Importeuren solche Exklusivrechte ein.[70]

Allenfalls erwachsen Zweifel über den *Umfang der herstellerischen Unterlassungspflicht*[71], die durch unpräzise Formeln in den Vertragstexten noch genährt werden.[72] Häufig findet man nur Hinweise auf das Verbot, andere als den auserkorenen Händler zu beliefern. Ungewiss ist zunächst, ob dem Hersteller selber als Konkurrent aufzutreten versagt sei. Anders gefragt: Enthält jede Alleinvertriebsklausel implicite ein Sprunglieferverbot, das ihn davon fernhält, durch Filialbetriebe, Reisende, Handelsvertreter usw. an die Abnehmer des Alleinhändlers zu treten. Man wird die Frage (mit der herrschenden Meinung)[73] zu bejahen haben. Denn

SCHWANKE 34 f., MESTMÄCKER, Ausschliesslichkeitsverträge, 621 und BIEDENKOPF, Wettbewerbsbeschränkung, 17 f.) Neben der Exklusivität im Absatz fällt namentlich diejenige im Bezug darunter. (Vergl. hinten...). Besonders verbreitet sind korrespondierende Ausschliesslichkeiten.

69 Gute Übersichten zum Inhalt solcher Alleinvertriebsverträge liefern SCHLUEP, AVV I, 20 f., ders., Innominatverträge, 75, STUMPF/LÖSCH 13, SCHRÖTER 111, MAYERLE 6 f., DÜESBERG 463 f. und SCHULTE-MÄTER 2 f.; vergl. auch die drei Typen des Alleinvertriebsvertrages bei BELLAMY-CHILD 172 f.

70 Vergl. zur Bedeutung dieses Vertriebskonzeptes im Aussenhandel vorn 90 f. – Beispiele von selektiven Vertriebssystemen, die auf der ersten Zwischenhandelsstufe exklusiven Vertrieb einrichten, sind hinten (230 Fn. 6 und 7) angeführt.

71 In diesem Zusammenhang wird auch die Meinung vertreten, die herstellerische Selbstbeschränkung im Absatz gründe – auch ohne förmliche Alleinvertriebsklausel – auf allgemeinen Interessenwahrnehmungspflichten. (So etwa SCHMITT 195; ähnlich für die qualifizierte (räumliche) Absatzbindung PRÖBSTING 61). Ihr ist entgegenzutreten, birgt sie doch die Gefahr, beliebige Wettbewerbsbeschränkungen auf unverbindlich gehaltene Treueversprechen zu stützen.

72 So vernimmt man etwa von einem Verbot jeden "direkten und indirekten" Verkaufs in das Vertragsgebiet. (Vergl. Grundig/Consten-Entscheid; ausführlich darüber auch hinten 215 f.).

73 BAROUNOS/HALL/JAMES 55, BECKER, Vertical Agreements, 110, WINKEL 4, RENZ 5, PRÖBSTING 47 f., STUMPF 58, ders., Vertragshändlervertrag, 80, ULMER, Vertragshändler, 428, HELLMANN/PFEIFFER 244; differenzierter BELLAMY/CHILD 172 f.

funktional soll die Alleinvertriebsklausel den Exklusivvertreter vor Konkurrenz mit Direktbezug abschirmen. A fortiori muss der Schutz auch auf den (noch gefährlicheren) Wettbewerb durch den Produzenten selber erstreckt werden.[74]

Im übrigen ist die wettbewerbsbeschränkende Alleinvertriebsklausel *eng auszulegen.* So schliesst sie nicht zwingend ein generelles Verbot des zweigleisigen Vertriebs in das Vertragsgebiet ein.[75] Auch steht sie nicht Lieferungen von Bestand- und Ersatzteilen entgegen.[76] Abzulehnen sind namentlich sämtliche Pflichten, die den Hersteller über die Verkaufsverweigerungsorder hinaus zu einem positiven Tun veranlassen. Es besteht kein Gebot, die ihm aus dem Vertragsgebiet zufliessenden Bestellungen dem Alleinvertreter weiterzuleiten.[77] Im Zusammenhang belangvoll ist die Frage nach der Koinzidenz von einfacher und qualifizierter Alleinvertriebsklausel.[78] Gelegentlich wird die Meinung vertreten, jeder Exklusivvertriebsabrede entspringe eine Erfolgshaftung des Produzenten in dem Sinne, dass für ein tatsächliches (auch von Dritten nicht gestörtes) Verkaufsmonopol des Berechtigten einzustehen sei. Das läuft ersichtlich auf die Herstellerpflicht hinaus, sämtlichen

74 Nämliches betrifft die Endverbraucherlieferungen. Zwar erwächst dem Alleinvertreter, der zumeist den Zwischenhandel einschaltet, durch sie keine unmittelbare Konkurrenz. Im Ergebnis entstehen gleichwohl ähnliche Nachfrageeinbrüche.

75 Der Absatz unmarkierter Waren durch den Produzenten wäre allenfalls verwehrt, wenn dadurch – weil für die Abnehmer erkennbar – dem Alleinvertreter aktueller Wettbewerb entstünde. Zu denken ist vorab an offensichtliche Umgehungstatbestände. (Bedeutend grosszügiger PRÖBSTING 57).

76 Denn damit tritt der Hersteller in kein Konkurrenzverhältnis zum Alleinvertreter. Freilich: Seine Omnipräsenz auf dem Ersatzteilmarkt fördert den Intra-brand-Wettbewerb (durch Direktversorgung der die Vertragswaren querbeziehenden Händler), den zu unterbinden die Exklusivklausel aber nicht anhält. (Abermals a.M. PRÖBSTING 58).

77 Ebenso (e contrario) RENZ 5; a.M. BELKE, Geschäftsverweigerung, 212. Vorbehalten bleibt selbstredend die förmliche Vereinbarung einer solchen Übermittlungspflicht. (Vergl. etwa den Grosfillex/Fillistorf-Entscheid 381 oder den D.R.U./Blondel-Entscheid 256 sowie § 3 Ziff. 4 des Vertragsentwurfes der HkDS).

78 Zum Begriff der qualifizierten Absatzbindung hinten 182 f.

Abnehmern (räumliche) Vertriebsbindungen aufzuerlegen.[79] Eine derartige Verkettung vom Gebietsschutz und Alleinvertrieb ist entschieden abzulehnen.[80] [81]

ββ) *Arten des Alleinvertriebs*

aaa) *Unterscheidung nach dem Vertragsgebiet*

Die (zumal kartellrechtlich bedeutsame) räumliche Aufgliederung wird nach dem von der Alleinvertriebsklausel abgedeckten Vertragsgebiet vollzogen.[82] Dieses allein zeigt an, von welchen Markträumen Warenströme abgelenkt werden. Erst in zweiter Linie ergeht die (belanglose) Frage nach dem Sitz der Kontrahenten.[83] Hiebei sticht hervor, dass – soweit nationale Grenzen vereinbarte Marktgrenzen bilden[84] –, das *Vertragsgebiet* meist mit dem *Sitzstaat* des Händlers zusammenfällt. Dies macht der betriebswirtschaftliche Hintergrund klar: Mit solchen Exklusivvertretern wird vorab deren spezifischer Absatzraumkenntnisse wegen kooperiert.[85] Freilich begegnet man auch Alleinvertriebsrechten für Fremdstaaten, also der Zuweisung von Vertragsrayons, in denen der Händler nicht ansässig ist.

79 So etwa WYNIGER 17 f. Differenzierter PRÖBSTING (59 f.): Er nimmt impliziten Gebietsschutz nur dann an, wenn der Alleinvertrieb systematisch netzweit verbreitet und mit sogenannten "kooperativen Eigenhändlern" verabredet ist.

80 Gl.M. BIERER 24, SCHWARTZ, Kommentar, 36.

81 Vergl. hinten 180 f.

82 Wie hier STUMPF/LÖSCH 35 f.; vergl. auch JOHANNES, Besprechung, 80. Die Irrelevanz des Sitzes betonen auch (unter vielen) VON DER OSTEN 199, SCHWARTZ, Ausschliesslichkeitsverträge, 199, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 157, GRAUEL 482, GLEISS, Urteile, 176.

83 Das ältere Schrifttum hatte noch vornehmlich nach dem Parteiensitz klassifiziert. (Vergl. etwa DERINGER, Kommentar, Rn. 46 zu Artikel 85 Abs. 1, GRAUPNER, Rules of Competition, 126 f. oder SCHLUEP, AVV I, 146 f.).

84 Der Nationalstaat als Vertragsgebiet ist Regelfall. Ausnahmen: Alleinvertrieb für den gesamten EG-Raum oder für Teile eines Mitgliedstaates.

85 Vergl. vorn 90 f.

Im einzelnen lässt sich mit Blick auf die in dieser Arbeit interessierenden territorialen Verhältnisse wie folgt unterteilen:

1. Alleinvertrieb für einen *Mitgliedstaat*
   - Hersteller in EG-Staat
     Im Regelfall sitzt der ausgewählte Händler in einem andern Mitgliedstaat und bearbeitet sein Domizilland.[86] Auf Alleinvertrieb für Fremdgebiet stösst man womöglich, wenn das Vertragsrayon mehrere Mitgliedstaaten umfasst.[87] Zuweilen sind die Vertragspartner auch nationalitätsgleich.[88]
   - Hersteller im Ausland
     Fraglos Alleinvertrieb für einen Fremdstaat liegt vor, wenn ein ausländischer Händler einen EG-Staat betreut. Geläufiger sind Vereinbarungen mit Abnehmern in Gemeinschaftsländern.[89]
2. Alleinvertrieb für *ausländischen Staat*
   Hier interessiert nur der Fall eines gebundenen Produzenten im EG-Raum. Wiederum beschlägt das Ausschliesslichkeitsrecht fremdes Territorium, sofern dieser einen Absatzmittler im Gemeinsamen Markt bestellt.[90] Der wirtschaftlichen Regel besser gerecht wird allerdings der Einsatz eines ausländischen Händlers.[91]

86 Diese Konstellation stellt die *"klassische" Erscheinungsform europäischen Exklusivvertriebs* dar. (Vergl. den Sachverhalt in den Entscheiden Cadillon/Höss, Minière/Maschinenbau Ulm, Grundig/Consten, D.R.U./Blondel, Hummel/Isbeque, Omega, Theal/Watts und Rochas).

87 Damit wird der Alleinvertrieb für den Sitzstaat annexweise auf einen oder mehrere Fremdstaaten ausgeweitet. Vergl. etwa die Entscheide Völk/Verwaecke (Belgien und Luxemburg) oder Dalle Crode/Van Vliet (Benelux-Staaten).

88 Wenn Sitzstaat und Vertragsgebiet noch identisch sind (so im Goodyear/Euram-Fall), hat man – wenigstens formell – einen inländischen Sachverhalt vor sich. (Vergl. SCHLUEP, AVV II, 278). Alleinvertrieb für Drittstaat ist selten.

89 Ihnen dürfte meistens ebenfalls der Sitzstaat zur Bearbeitung zugewiesen sein. (Vergl. den Béguelin/Marbach-Entscheid sowie den gleichgelagerten Sachverhalt (ohne Exklusivabrede) im Bendix/Mertens-Entscheid).

90 Er mag im gleichen oder in einem andern Mitgliedstaat als der Hersteller sitzen. (Ersteres lag im Fall Rieckermann/AEG-Elotherm vor.).

91 Vergl. die Entscheide Grosfillex/Fillistorf und Nicholas/Vitapro.

3. Alleinvertrieb für den *gesamten EG-Raum*[92]
   Er dürfte zumeist ausländischen Herstellern abgefordert[93] und Händlern im Gemeinsamen Markt zugestanden sein. In jedem Fall hat man Exklusivvertrieb (auch)[94] für Fremdstaaten vor sich.[95]
4. Alleinvertrieb für *Teilgebiet eines Mitgliedstaates*
   – Hersteller im Ausland
     Ausländische Produzenten teilen nur selten nationale Teilmärkte auf. Dann aber werden Alleinabnehmer in der "Sitzregion" bedient.
   – Hersteller in EG-Staat
     Alltäglich ist der "innerstaatliche Alleinvertrieb"[96]: Der Hersteller vergibt einem nationalitätsgleichen Händler das Exklusivrecht für ein bestimmtes Rayon.[97] Mithin handelt es sich um die klassische Binnenabsatzorganisation mittels (regionalen) Alleinvertriebsrechten.[98] Dieser reine Inlandsachverhalt ist gesprengt, wenn Hersteller benachbarte Mitgliedstaaten exklusiv aufzonen.[99]

92 Dem EG-Raum können weitere Staaten angefügt sein. (So beispielsweise die Schweiz und Südafrika im Duro-Dyne/Europair-Entscheid).

93 Inländische wählen – dies erweist die Praxis – die Übertragung nationaler Ausschliesslichkeitsrechte.

94 Allein Fremdstaaten betrifft er, wenn er ausländischen Händlern eingeräumt ist. Der Fall ist rar. (Vergl. auch SCHLUEP, AVV II, 279).

95 Denn Händler im EG-Raum haben ausserhalb ihres Sitzstaates fremdes Territorium zu betreuen.

96 Vergl. zum Begriff LIPPS 1067; richtig auch STUMPF/LÖSCH 35.

97 Dieser "innerstaatliche Alleinvertrieb" ist klar zu sondern von Exklusivvereinbarungen zwischen inländischen Kontrahenten über irgendein Vertragsgebiet. Er liegt nur vor, wenn die Vertragspartner den Absatz im Mitgliedstaate organisieren.

98 Vergl. dazu auch SCHWANKE 37, LIPPS 1067 f. sowie den Bilger/Jehle-Entscheid.

99 Will heissen, wenn ein Hersteller einem in anderem Mitgliedstaat niedergelassenen Händler ein Teilgebiet seines Sitzstaates zuweist. (So der Sachverhalt im Roubaix/Roux-Fall).

βββ) *Unterscheidung nach der Stringenz der Durchführung*

Hier wird gefragt, wie weit der Hersteller seinen Exklusivabnehmern ein umfassendes Verkaufsmonopol beschert. Die Alleinvertriebsklausel verhütet bekanntlich nur die Konkurrenz anderer Abnehmer mit gleichen (Direkt-) Bezugsbedingungen. Unbenommen bleiben den nichtautorisierten Händlern Querbezüge aus benachbarten Gebieten.[100] Man hat daher zu unterscheiden zwischen *offenem* und *geschlossenem Alleinvertrieb:*[101] Jener enthält die ausschliessliche Absatzbindung ohne zusätzliche Abschirmung vor Paralleleinfuhren. Bei diesem realisiert der Hersteller absolute Alleinverkaufsstellungen durch Erlass räumlicher Vertriebsbindungen. Er verbietet seiner gesamten Händlerschar den grenzüberschreitenden Warenverkehr mittels Export- und (oder) Importverboten. Entgegen einer (zumal im älteren Schrifttum) gängigen Meinung[102] sind also Alleinvertrieb und Gebietsschutz streng voneinander abzusondern.[103] Dazu halten schon die (formell) unterschiedlichen Bindungstypen an.[104] Auch erfüllen offene Alleinvertriebssysteme durchaus eigenständige absatzwirtschaft-

100 Vergl. vorn 174 f.

101 Die Terminologie ist dem französischen Sprachgebrauch entlehnt, der von *"exclusivité ouverte ou imparfaite"* resp. von *"exclusivité fermée ou parfaite"* redet. (VAN GERVEN 166, GANSHOF 828 f.; vergl. ferner GLEISS, Urteile, 175 Fn. 60) Die Kommission spricht gleichfalls von Alleinvertriebsverträgen "des offenen Typs". (1. Wettbewerbsbericht 63).

102 Die Gegenmeinung verdeutlichen etwa die Parteivorträge im Minière/Maschinenbau Ulm-Entscheid (295 f.), wo der Gebietsschutz als selbstverständlicher (und stets nach Handelsbrauch mitschwingender) Bestandteil des Alleinvertriebs bezeichnet wird. Vergl. weiter HOOTZ, AVV, 2250, HAGENAUER 129, KLAUSING 129, MARTINO, AVV, 89, LUTZ, Exportverbote, 499; wegen Abgrenzungsschwierigkeiten kritisch GLEISS, Urteile, 175.

103 Gl.M. offenbar SCHLUEP, AVV I, 115, BRAUN/GLEISS/HIRSCH 101, SCHRÖTER 115, VAN GERVEN 165, SCHWANKE 148 f., GANSHOF 828 f. und BELKE, Relevanter Markt, 286.

104 Der Alleinvertrieb bindet das Absatzverhalten des Herstellers, der Gebietsschutz vorab das Vertriebs- und Bezugsverhalten der Händler. (Sonderfall: Qualifizierte räumliche Absatzbindung).

liche Funktionen. Ihre Attraktivität für den Händler hängt nicht von der Beigabe von Gebietsschutzklauseln ab, denn der Ausschliesslichkeitsberechtigte ist als solcher immer "um eine Handelsstufe im Vorteil".[105] Das dritte Argument ist wettbewerbspolitischer Natur: Eine zwingende Verknüpfung von Gebietsschutz und Alleinvertrieb würde den Kartellbehörden einen differenzierten (und insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit gehorchenden) Zugriff vereiteln.[106]

γγ) *Exkurs: Sonderfälle des Alleinvertriebs*

In dieser mit der individuellen vertikalen Vertriebsgestaltung beschäftigten Arbeit nur von geringem Interesse sind nachstehende Sonderformen des Alleinvertriebs:

– *Kollektiver Alleinvertrieb*
  Hersteller sprechen sich untereinander über die Vergabe von Exklusivvertriebsrechten ab.[107] Er mündet häufig ein in vertikalen Ausschliesslichkeitsverkehr mit der (dann gleichfalls ins Vertragswerk eingeschlossenen) nachfolgenden Marktstufe. (Bilaterale kollektive Ausschliesslichkeit).[108]

105 SPORMANN, Europäischer Alleinvertrieb, 51. Der Alleinabnehmer bezieht zu Einstandspreisen, die (mindestens) um eine Handelsspanne tiefer liegen. (Vergl. im Kontext auch SCHWANKE 205, VON DER GROEBEN, Handbuch, 95, MAILÄNDER, AVV, 842 f. und BELKE, Relevanter Markt, 286).

106 Ihr bliebe eine – wie die europäische Kartellpraxis aufzeigt – gleichermassen unbefriedigende Billigung oder Missbilligung der beiden Wettbewerbsbeschränkungstypen. (Ausführlicher hinten Bd. 2, 245 f. und 269 f.).

107 Hier erkennt man klassische (horizontale) Kartellierung zwecks Marktaufteilung. (Vergl. BELLAMY/CHILD 79 f., MCLACHLAN/SWANN 103 f. sowie – als besonders anschauliches Beispiel – den Topco-Case des Supreme Court, wiedergegeben bei SANGMEISTER 52 f.).

108 Sie sind auf Marktschliessung angelegt, indem die Kartellisten den Aussenseitern sowohl als Abnehmer wie als Lieferanten versperrt bleiben. (Vergl. MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 243 f. und Kartell und Wettbewerb 101) Aus der europäischen Praxis konsultiere man den Haarden-en-Kachelhandel und den Convention-Faïance-Fall; dazu die Verbote eines Niederländischen Kosmetika-Kartells (WuW 1976, 247 f.), eines belgischen Parfümerie-Kartells (WuW 1970, 671) und eines niederländischen Jagdpatronen-Kartells (WuW 1973, 747).

– *Alleinvertrieb unter Herstellern*
Produzenten können Exklusivabsatz nicht nur vereinbaren, sondern ihn einander auch (ein- oder wechselseitig) zutragen.[109] Es handelt sich sodann um eine besondere Form herstellerischer Vertriebskooperation.[110]

bb) Positive und negative Absatzbindungen

Ohne materiellen Gehalt ist die Abgrenzung zwischen positiven und negativen Absatzbindungen. Sie stellt allein auf die konkrete *Umschreibung des Sperrverhaltens* ab. Positive Absatzbindungen bestimmen ausdrücklich den Kreis der Bezugsberechtigten, negative den der vom Bezug auszuschliessenden Mittler.[111]

cc) Einfache und qualifizierte Absatzbindungen

Die bislang verhandelten (einfachen) Absatzbindungen legen den Hersteller auf blosse Händlerselektion fest. Bei den *qualifizierten Absatzbindungen*[112] gesellt sich zu dieser Beschränkung der Abschluss- noch eine solche der *Inhaltsfreiheit.*[112a] Sie nehmen Einfluss auf den zwischen Produzenten und seinen Abnehmern auszuhandelnden Vertragsinhalt. Händler verpflichten Lieferanten

109 Vergl. z.B. die Entscheide Jaz/Peter und Rank/Sopolem.

110 So auch HERRMANNS, Kooperation, 85. – Für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung hängt natürlich alles davon ab, ob Ausschliesslichkeiten für konkurrenzierende Waren eingeräumt werden.

111 Vergl. SCHWARTZ, Kommentar, 24 und Kartell und Wettbewerb 95. In der Praxis überwiegen die positiven Absatzbindungen. (Hauptbeispiel: Alleinvertrieb) – Vergl. etwa das positiv umschriebene (beschränkte) Direktverkaufsverbot in Ziff. 3.4. des BMW-Vertrages (SCHMITT 380) – Eine negative Absatzbindung stellt das Verbot der Belieferung von Warenhäusern dar.

112 Die Kommission spricht (für die räumliche Bindung) von einem "weiterzuleitende(n) Absatzverbot". (Rieckermann/AEG-Elotherm-Entscheid 25).

112a Vergl. zum Unterschied zwischen Beschränkungen der Abschluss- und der Inhaltsfreiheit auch hinten 265 f.

mithin, ihren Wettbewerbern die nämlichen Bindungen aufzuladen.[113] In Frage steht vor allem[114] die Anordnung (räumlicher oder persönlicher) Vertriebsbindungen.[115] Damit soll offensichtlich der ausschliessliche Warenverkehr innerhalb des autorisierten Händlerkreises verstärkt abgesichert werden, indem der Hersteller in Erfüllung vertragsrechtlicher Pflichten seine Vertriebswege (lückenlos und einheitlich) reglementieren muss.[116] Obzwar sie sich nicht unmittelbar in fremden Verträgen niederschlagen, führen Bindungen zu ähnlichen Ergebnissen, die dem Produzenten nur die Belieferung in sein Vertriebskonzept passender Händler gestatten[117] oder die ihm eine (wenn nötig gerichtliche) Durchsetzung seiner Vertriebsbindungen zur Pflicht machen.[118]

c) Surrogate und verwandte Bindungen

Vergleichbare, ausgewählte Händler favorisierende Wirkungen lassen sich auch ohne eigentliche Selektionsbefehle erzielen. Man

113 Vergl. STÖVER 106.

114 Man mag sich daneben etwa die Pflicht zur Auferlegung marketing-politischer Bindungen vorstellen.

115 Als Beispiel räumlicher qualifizierter Absatzbindungen vergl. (freilich mit unpräzisen Formeln) den Rieckermann/AEG-Elotherm-Entscheid 25 sowie den Fall Grosfillex/Fillistorf 381, als Beispiel einer persönlichen qualifizierten Absatzbindung den Saba-Entscheid 23.

116 Qualifizierten Absatzbindungen begegnet man selten. (Gl.M. STÖVER 106) Der Hersteller ist zumeist selber derart an durchgreifender Vertriebsgestaltung interessiert, dass sich förmliche Vertragsklauseln erübrigen.

117 So lautet Art. 16 Variante B des VDMA-Vertragsentwurfs: "Der Hersteller wird Kunden, von denen ihm bekannt ist, dass sie in das Vertragsgebiet weiterliefern wollen, nicht mit seinen... Erzeugnissen beliefern". (STUMPF/LÖSCH 65) – Vergl. auch – Abgrenzungsprobleme zum einfachen Alleinvertrieb signalisierend DERINGER, AVV, 1589 und GLEISS, Urteile, 174.

118 Vergl. Junghans-Entscheid 12 und Saba-Entscheid 23.

denke etwa an die Verpflichtung zur Gewährung hoher Funktionsrabatte[119] oder zu Ausgleichszahlungen durch den Hersteller.[120]

6. Bezugsbindungen

a) Begriff

Als "Bezugsbindung" bezeichnen wir jede *dem Händler auferlegte Verbindlichkeit, bestimmte Waren nur von bestimmten Lieferanten zu beziehen.*[120a] Sie enthalten Weisungen über das händlerische Beschaffungsverhalten, sonach Eingriffe in die freie Wahl der Einkaufsquellen.[121] Bindender ist der Hersteller, diktierte Bezugsquellen können (ausnahmsweise) auch Händler sein.[122] Der Begriff schliesst die üblicherweise als "Bezugsbindung" bezeichnete Ausschliesslichkeit[123] (als deren verbreitetste Form) ein, erstreckt sich aber auf jedwelche beschaffungspolitische Anordnung des Herstellers.

119 So bei dem im Produktionsmittelhandel verbreiteten "Leithändlersystem". (Vergl. ULMER, Vertragshändler, 135).

120 Vergl. Art. 15 des VDMA-Vertragsmusters (STUMPF/LÖSCH 64); ausführlich über diesen Provisionsanspruch, der auch von einer Vermittlertätigkeit des autorisierten Abnehmers abhängig gemacht werden kann, STUMPF 61 f.

120a Wie hier offenbar DERINGER, Kommentar, Rn. 45 zu Art. 85.

121 Es liegt Beschaffungsselektion vor (darüber vorn 40 f. Fn. 11), die freilich fremdbestimmt ist.

122 Vergl. die nachstehenden Ausführungen zu den Bezugsbindungen betr. Vertragswaren.

123 Vergl. statt vieler HELLMANN/PFEIFFER 244, SCHWARTZ, Ausschliesslichkeitsverträge, 197, WINKEL 24, STUMPF 37 f.

b) Arten

aa) Bezugsbindungen betr. Vertragswaren und betr. Fremdwaren

Diese Abgrenzung stellt auf die von der Bezugsbindung erfassten *Waren* ab. Sie fragt, ob dem Händler die Bezugsquellen der vom Hersteller angebotenen Erzeugnisse vorgeschrieben werden oder ob ihm solche anderer Produzenten ins Sortiment aufzunehmen versagt ist. Die einen lenken den Lauf von Vertrags-, die andern den von Fremdwaren.[124]

α) Bezugsbindungen betr. Vertragswaren

Sie befehlen dem Händler, wo er sich seine Herstellerprodukte zu beschaffen hat.[124a] Den Vertragswarenfluss steuernd, stehen sie in der Austauschordnung spiegelbildlich zu bestimmten Formen[125] von Vertriebsbindungen.[126] Hier wird das Absatz-, dort das Beschaffungsgebaren zur Absicherung der Distributionswege geregelt.[127] Je nach dem unterstellten Auswahlkriterium lassen

124 Diesen unterschiedlichen Regelungsgegenstand erkennen auch SCHEUFELE, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 1636 resp. 1640 f., SCHULTE-MÄTER 3 sowie SÖLTER, Vertriebsbindungen, 11 ("Sachbezogene" Unterscheidung nach dem "Marktobjekt"). – Vergl. ferner die (allerdings nicht ausdrücklich die normierten Erzeugnisse herausstellende) Systematisierung bei ULMER, Vertragshändler, 115.

124a Steht ihm nur eine Bezugsquelle offen (Hauptfall: Hersteller), liegt eine Ausschliesslichkeitsbindung vor.

125 Nämlich zu solchen Vertriebsbindungen, die den netzinternen Güteraustausch kanalisieren.

126 Wo direkter Geschäftsverkehr mit dem Hersteller betroffen ist, stehen die Bezugs- in Symmetrie zu den Absatzbindungen.

127 Die Realien zeigen, dass derartige Bezugsbindungen bedeutend weniger in die Vertragswerke aufgenommen werden als korrespondierende Vertriebsbindungen. Einigermassen geläufig sind bloss die entsprechenden Gebietsschutzklauseln (Import- resp. Re-Importverbot; dazu hinten 216 f.). Dies versteht wer erkennt, dass Bindungen des Vertriebsverhaltens an sich zur Einrichtung der gewünschten Absatzwege ausreichen. Schwerer wiegt weiter die Tatsache, dass Vertriebsbindungen vorab die

sich auch Bezugsbindungen für Vertragswaren in persönliche und räumliche aufgliedern.[128]

aa) Persönliche Bezugsbindungen

Die Bezugsverpflichtung richtet sich nach den *persönlichen* Vertriebseigenschaften des Lieferanten. Wird dessen Marktstufenzugehörigkeit herausgestellt, hat man eine *marktstufenspezifische* Bezugsbindung vor sich. Diese kann den Händlern (generell) Querbezüge unterbinden oder ihnen Massregeln über den Einkauf im vertikalen Distributionsweg erteilen. Wichtigste marktstufenspezifische Bindung ist die zu ausschliesslichem Einkauf (der Vertragswaren)[129] beim Hersteller verpflichtende.[130] [131]

Funktion zusteht, den Ausbruch der Ware aus dem autorisierten Netz zu verhindern, eine Aufgabe sonach, die Bezugsbindungen (der Netzinsider) ersichtlich nicht erfüllen können.

128 Zwischen räumlichen und persönlichen Bindungen differenziert auch SCHWARTZ, Kommentar, 24.

129 Zu denken wäre etwa an ein Verbot reziproker Bezüge (Beispiel: Gross- beim Einzelhandel) oder eines Übergehens von Handelsstufen (Beispiel: Einkauf des Einzelhandels beim Alleinvertreter statt beim Grossisten). Beide sind nicht üblich. Mithin ist auseinanderzuhalten, ob die Exklusivbindung den ausschliesslichen Bezug von Herstellerwaren gebietet, also Fremdwaren fernhält, oder ob sie den ausschliesslichen Bezug von Vertragswaren beim Hersteller anordnet, sonach deren Einkauf beim Händlerkollegen ausschliesst. Hier wird der Unterschied zwischen Vertrags- und Fremdwarenlenkung besonders augenfällig. Er ist im Schrifttum nicht immer erkannt. (Richtig offenbar STUMPF/LÖSCH 13 und ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 175; vergl. auch HELLMANN/PFEIFFER 244).

130 ULMER (Vertragshändler, 115) spricht von "einfacher Bezugsbindung". Sie monopolisiert den netzinternen Bezug von Vertragswaren und verhindert die gegenseitige Versorgung mit Original-Erzeugnissen unter den Händlern. Wie noch ausführlich zu berichten ist, kommt sie einem absoluten Querlieferverbot (mit Gebietsschutz) gleich. (Vergl. STÖVER 107 und SCHULTE-MÄTER 3 f. sowie hinten Bd. 2, 144). In der Praxis wird solcher Direktbezug freilich vom Händler meist des günstigeren Einstandspreises wegen erstrebt.

131 Wie ULMER (Vertragshändler, 115 Fn. 26) mit Recht festhält, sind derartige Bindungen namentlich bei solchen Artikeln von Bedeutung, "die der Hersteller nicht selbst produziert, sondern aus Produktions- oder Sortimentsgründen von dritter Seite bezieht". In erster Linie ist an die Ersatzteile zu erinnern.

Die persönliche Bezugsklausel kann auch *marktstufenindifferent* ausgestaltet sein und alsdann den Lieferantenkreis ausgrenzen, bei dem sich einzudecken dem Händler erlaubt ist.[132]

ββ) *Räumliche Bezugsbindungen*

Sie beschneiden die händlerische Einkaufsfreiheit in *räumlicher* Hinsicht, indem sie Importe aus fremden Markträumen verhindern. Solcher Gebietsschutz dient der Marktabschottung.[133]

β) *Bezugsbindungen betr. Fremdwaren*

Verbreiteter sind die den Bezug von Fremdwaren ordnenden Bindungen. Zwar steht die Steuerung des Güterstromes von Konkurrenten ausserhalb der Dispositionsmacht eines Herstellers.[134] Indirekten Einfluss gewinnt er freilich dadurch, dass er ihn von seinen (durch Händlervertrag kontrollierten) Absatzstellen ablenkt, also verbietet, andere Waren als die seinen zu führen. Je nach dem Ausmass dieser Sortimentseinengung kann man ein Verbot des Bezugs von Konkurrenz- und von Nichtkonkurrenz-Erzeugnissen auseinanderhalten.[135]

132 Vergl. SANGMEISTER 71 (Schwinn-Case). Ausmachen liesse sich etwa ein dem Einzelhandel auferlegtes Verbot, von "schwarzen" Grosshändlern zu beziehen. Damit würde die Möglichkeit vereitelt, dass nicht autorisierte Abnehmer die Vertragswaren nachträglich wieder in das traditionelle Absatznetz einschleusen.

133 Zum Gebietsschutz hinten 214 f.

134 Vorbehalten: Horizontale Vertriebskartellierung.

135 Vergl. BECKER, Vertical Agreements, 103.

aa) Verbot des Bezugs von Konkurrenzwaren

Trotz uneinheitlicher Terminologie[136] sind Bindungsinhalt wie Zweck dieser (sehr beliebten) Klausel augenfällig. Sie untersagt den Händlern das Erstehen von Erzeugnissen, die diejenigen des bindenden Herstellers konkurrenzieren. Somit regiert Ausschliesslichkeit im Verkehr mit der betreffenden Warengattung.[137] Sie sollen die Veranstaltung von Wettbewerb innerhalb der Händlersortimente verhindern und die Abnehmer zu einer Konzentration ihrer Verkaufsbemühungen bewegen.[138] Das Verbot des Bezugs von Konkurrenzwaren stellt, – trotz seiner funktional engen Verknüpfung mit der Alleinvertriebsklausel –, einen *eigenständigen Bindungstypus* dar.[139] In den Realien stösst man auf generelle Sperranweisungen[140], aber auch auf solche, die Zustimmung des

136 Sie werden regelmässig als *"Konkurrenzklausel"* oder *"Konkurrenzverbot"* bezeichnet. (Vergl. GLEISS, Urteile, 175, STUMPF, Vertragshändlervertrag, 52, REIMER, Preis- und Vertriebsbindungen, 521, LÖWISCH 51, SPORMANN, Europäischer Alleinvertrieb, 52, ULMER, Vertragshändler, 115, DERINGER, Kommentar, Rn. 45 zu Art. 85 Abs. 1, GRAUPNER, AVV, 52, SCHULTE-MÄTER 3, SCHRÖTER 111, KIRSCHSTEIN, EWG-Kartellrecht 1968, 226, STÖVER 102, BELKE, Geschäftsverweigerung, 211; missverständlich auch § 4 Ziff. 5 des HkDS-Vertragsmusters bei MAIER/MEYER-MARSILIUS 49).

137 Im Gegensatz zu den Bezugsbindungen für Vertragswaren sind solche für Fremdwaren per definitionem Exklusivabsprachen.

138 Vergl. ebenfalls vorn 120 f.

139 Um zu spielen, müssen sie förmlich vereinbart sein. Sie fliessen nicht aus der Alleinvertriebsklausel. Die Gegenmeinung (vergl. z.B. RITTNER, Vertragsrechtliche Fragen, 98 und PRÖBSTING 72 f.) ist überstark einer vertragsrechtlichen Billigkeitsphilosophie verhaftet. – Ebensowenig lässt sie sich auf allgemeine Rechtsgrundsätze abstützen. (Unzutreffend STUMPF 36 und ders., Vertragshändlervertrag, 40).

140 Beispielhaft etwa die sehr breit gehaltene Klausel in Art. 5 des VDMA-Vertragsmusters. (STUMPF/LÖSCH 61) – Vergl. aus der europäischen Spruchpraxis die Entscheide Völk/Verwaecke 297, Goodyear/Euram 10, Rieckermann/AEG-Elotherm 26, Grundig/Consten 582, Grosfillex/Fillistorf 381, Saba 22 und Gerofabriek 9, aus der amerikanischen die berühmten Standard-Fashion- und Standard-Stationcases. (RIESENFELD 822 f. und NEALE 204 f.).

Herstellers im Einzelfall aufzuheben vermag.[141] Auslegungsprobleme kann die Frage eröffnen, welche Produkte mit den Vertragswaren rivalisieren.[142] Hier führt allein der Einzelfallbefund zur sachgemässen Abgrenzung.[143] Im Zweifel verdienen *enge* (sachliche) Marktgrenzen den Vorzug.[144] Auf *Ersatzteile* erstreckte Bindungen sind vorab aus dem Kraftfahrzeugvertrieb bekannt.[145] Ihr primäres Anliegen ist Tauglichkeitsgarantie und damit Goodwillpflege.[146] Der Umfang der bezugspflichtigen Teile kann variieren und allein vom Hersteller gefertigte, zusätzlich die von Drittseite gelieferten und für die Betriebs- und Verkehrssicherheit bedeutsamen oder schlechthin alle erfassen.[147] Im Selektivvertrieb nur

141 Der Vertrieb anderer (bei bisherigen Einproduktehändlern) oder der Vertrieb neuer (bei bisherigen Mehrproduktehändlern) wird sonach vom Segen des Produzenten abhängig gemacht. (Vergl. als Exempel die Entscheide Junghans und Minière/Maschinenbau Ulm sowie § 4 Ziff. 5 des HkDS-Vertragsmusters bei MAIER/MEYER-MARSILIUS 49) – Eine zustimmungsbedürftige Sortimentserweiterung kennt namentlich das Autogewerbe. (Vergl. HAGENAUER 124, LANG 129, SCHMITT 158 und VON BRUNN 24).

142 Sehr anschaulich LÖWISCH 49. – Klare Verhältnisse schafft indessen eine Ausdehnung der Bezugsbindung auf Nicht-Konkurrenzerzeugnisse. (Dazu hinten 190).

143 Gl.M. LÖWISCH 50 und STUMPF 37.

144 Zu grosszügig STUMPF 37 und ders., Vertragshändlervertrag, 52 f.

145 Vergl. HAGENAUER 125 f., SCHMITT 205 f., SCHWARTZ, Kommentar, 49 und STUMPF 39: dazu Art. 9 Ziff. 3 des Grosshändlervertrages bei SCHENK/VÖLK 103.

146 Sie sollen den Einbau minderwertiger Teile von Drittlieferanten verhindern. Weil erfahrungsgemäss niemand nach der Bezugsquelle der den Defekt verursachenden Ersatzwaren fragt, schlägt sich dieser im Ruf der Herstellererzeugnisse nieder. (Vergl. zur Problemlage STUMPF 39, SCHWARTZ, Kommentar, 49 und HAGENAUER 125 f.).

147 Vergl. die Ausführungen des Bundeskartellamtes bei SCHMITT 206 f.; ähnlich HAGENAUER 125 f.

von geringem Interesse sind die (persönlich[148] oder zeitlich[149]) ausgeweiteten Bezugsbindungen sowie andere Sonderformen.[150]

ββ) *Verbot des Bezugs (auch) nicht konkurrierender Waren*

Noch weiter reicht die Einschnürung der Beschaffungsfreiheit, falls dem Händler Geschäftsbeziehungen mit irgendwelchen Herstellern, auch mit Nicht-Konkurrenten, unterbunden werden.[151] Hier ist jede Anreicherung der Sortimente über die Vertragswaren hinaus unmöglich. Die Verpflichtung solcher Einproduktehändler bildet in der Praxis eine Ausnahme.[152]

bb) Positive und negative Bezugsbindungen

Analog den Absatzbindungen kann man differenzieren, ob die Vertragsklausel den Kreis der zu berücksichtigenden (= positive Bezugsbindung) oder der gesperrten (= negative Bezugsbindung) Lieferanten vorschreibt.[153]

148 Erstreckung des Verbots auf Mitinhaber und gesetzliche Vertreter (vergl. Art. 6 Ziff. 3 des Automobilgrosshändler-Vertrages bei SCHENK/VÖLK 103) oder gar auf Familienangehörige (vergl. LÖWISCH 50).

149 Überschreitung der Vertragsdauer. (Vergl. LÖWISCH 50).

150 Beispiele: Bezugsbindungen zugunsten Dritter (vergl. MAYER-WEGELIN 42b und SCHWARTZ, Kommentar, 14) oder Verbot der Vermittlung von Geschäften für Dritte (erwähnt bei LÖWISCH 50). – Allenfalls denkbar erschiene eine Honorierung der Bezugstreue durch Sonderrabatte. (NIENS 90) – Das Autogewerbe kennt verschärfende Folgeklauseln wie das Verbot der Kundendienste für Konkurrenzwaren oder das Recht, jederzeit die Kündigung bisheriger Vertretungen zu fordern. (SCHMITT 158).

151 Je nach Auslegung der Konkurrenzsituation verfliessen freilich die Übergänge. (Vergl. LÖWISCH 49 f.).

152 Gl.M. ULMER, Vertragshändler, 115 – Vergl. immerhin Art. 5 des VDMA-Vertragsmusters (bei STUMPF/LÖSCH 61).

153 In der Praxis dominieren die positiven Bezugsbindungen. Dazu zählen vornehmlich die Ausschliesslichkeitsabreden (für Vertrags- oder Fremdwaren), die den Exklusivlieferanten genau bestimmen. Negativ gehalten sind die gebietsschützerischen Bezugspflichten (Import-/Re-Import-Verbot).

c) Surrogate und verwandte Bindungen

Die Absatzwirtschaft bedient sich einer Reihe ähnlicher Bindungen, die auf ausschliessliche Bezugsverhältnisse und auf Förderung des Vertragswarenverkaufs hinwirken.[154] Manifest ist zunächst die Verwandtschaft mit den eigentlichen Konkurrenzverboten[155], die gleichfalls dem bindenden Hersteller Wettbewerb ersparen sollen.[156] Nur als Bezugsklauseln minderen (und milderen) Grades wird man Förderungsabkommen[157] sowie entsprechend gestaffelte Treuerabatte[158] ansehen dürfen. Vollwertigen Ersatz vermögen dagegen hohe Mindestabnahmepflichten zu leisten. Sie vereiteln namentlich dann (faktisch) Fremdwarenvertrieb, wenn die zugewiesenen Verkaufsmengen (*"minimum sales volumes"*) sämtliche Händlerkapazitäten auslasten.[159] Gleiches können erdrückende Anforderungen an den Investitionsaufwand der Abnehmer erreichen.[160] Die direkteste und umfassendste Bindung der Händler-

154 Ersetzt werden in erster Linie Fremdwarenbezugsbindungen.

155 Zum Begriff des Konkurrenzverbots im hier unterstellten Sinn hinten 213.

156 Die Bezugsbindung weicht demjenigen mit (andern) Produzenten, das Konkurrenzverbot demjenigen mit (eigenen) Händlern aus. Nicht selten treten die beiden gekoppelt auf. (Vergl. Art. 5 des VDMA-Vertragsmusters bei STUMPF/LÖSCH 61; darüber auch STUMPF 37).

157 Sie verlangen dem Abnehmer (im Vergleich zum Restsortiment) gesteigerte Verkaufsanstrengungen ab. (Mit weiteren Hinweisen WINKEL 25).

158 Vergl. ULMER, Vertragshändler, 135 sowie NIENS 90; zur Illustration aus der Praxis Gewürze-Entscheid 22 f.

159 Der Hersteller setzt die Mindestabnahmequoten derart hoch an, dass ein Bezug von Fremdwaren das Absatzleistungsvermögen seiner Händler überfordern würde. (Vergl. KOENIGS, Probleme, 306, ULMER, Vertragshändler, 134 f. und SCHULTE-MÄTER 3 f.) Solches realisiert sich in Gewerben leicht, die aufwendige Service- und Lagerhaltungseinrichtungen bereithalten müssen. (Illustrativ SCHMITT 146 f.).

160 Der Produzent verlangt für die Vertragswarenbetreuung ein Investitionsvolumen, das einen Kapitaleinsatz für einen Mehrproduktevertrieb unmöglich macht. (Vergl. SCHMITT 152).

nachfrage vollbringen schliesslich die Gesamtbedarfsdeckungsverträge *("requirement contracts").*[161]

7. Vertriebsbindungen

a) Begriff

Vertriebsbindungen versagen den *Händlern* eine freie Gestaltung ihrer Distribution. Auch hier ist die Terminologie gemeinhin unklar[162] Richtiger Ansicht nach befehlen sie die *"Einhaltung bestimmter Absatzwege".*[163] Der Händler schuldet eine alleinige Belieferung dem Hersteller genehmer Abnehmer.[164] Im Gegensatz zu den Bezugsbindungen lenken Vertriebsbindungen per definitionem den Lauf der Vertragserzeugnisse.[165]

161 Der Händler verpflichtet sich, während der Vertragsdauer seinen ganzen (im Gegensatz zu den Mindestabnahmeklauseln nicht mengenmässig bestimmten) Bedarf ausschliesslich beim Lieferanten zu decken. (Vergl. SCHWARTZ, Kommentar, 26 f., KOENIGS, Probleme, 310, SCHULTE-MÄTER 4 und SCHMITT 146; als Beispiel der amerikanische Tampa-Entscheid, erläutert bei NEALE 208 f.).

162 An die Händler gerichtete Auslesevorschriften werden zuweilen auch als "Absatzbindungen" bezeichnet. (Vergl. WESTRICK 757, BÜNTIG 101, SANDROCK, Grundbegriffe, 434, RITTNER, Ausschliesslichkeitsbindungen, 47, ders., Beschränkung des Kundenkreises, 198, SCHULTE-MÄTER 74, GRAUEL 481) Der Begriff ist abzulehnen: Er muss der entsprechenden Herstellerverpflichtung reserviert bleiben. Vertriebs- und Absatzbindungen wollen klar auseinandergehalten werden. (So ausdrücklich MÜLLER-FEMBECK 2 und NIENS 9 Fn. 6) Sie unterscheiden sich sowohl bezüglich des Adressaten wie auch bezüglich der Bindungsstruktur. Absatzpolitisch sind sie freilich weitgehend symmetrisch.

163 MAIER 5, LEHMPFUHL 21, WESTRICK 757 und NIENS 9. Im gleichen Sinne ebenfalls MAIER, AVV, 2, MAIER/MEYER-MARSILIUS 5, SCHLUEP, Kartellproblem, 38, ders., AVV I, 21, ULMER, Vertragshändler, 116, MÜLLER-FEMBECK 2 f., SCHWANKE 33 f., MAYER-WEGELIN 42 b, KRASSER 9, SCHWARTZ, Kommentar, 51. – Das Schrifttum bedient sich des Begriffs auch zur Kennzeichnung anderer Bindungsinhalte. So schliesst ULMER (Absatzbindungen, 27) einen weiten Kreis marketing-politischer Pflichten ein. TIETZ (Marketing II, 293) begreift darunter "mit vielen Marktpartnern abgeschlossene Formularverträge". Andere Autoren ordnen ihm auch horizontale Vertriebsabreden zu. (So etwa LEHMPFUHL 21, MAIER 5, NIENS 9).

164 Ausgeklammert bleiben gesetzliche Vertriebsbindungen. (Vergl. hiezu MAYER-WEGELIN 42 b).

165 Vergl. § 18 Abs. 1 Ziff. 3 GWB.

Erneut hat man einen *eigenständigen,* insbesondere von den Ausschliesslichkeitsabsprachen strikte zu sondernden *Bindungstypus* vor sich.[166] Absatzwirtschaftlich soll er das Distributionsnetz von nichtwillkommenen Händlern freihalten.[167] Vertriebsbindungen erlauben dem Hersteller eine durchgängige Kontrolle des Warenflusses hinsichtlich der angelaufenen Zwischenhandelsstellen. Re vera handelt es sich um eine Fortführung der eigenen Selektionspolitik, welche nunmehr auf die nachgehenden Marktstufen transponiert wird.[168]

b) Arten

aa) Persönliche und räumliche Vertriebsbindungen

Die Praxis kennt die Vertriebsbindung in den vielfältigsten Ausprägungen.[169] Niemanden erstaunen deshalb die zahllosen Systematisierungsversuche der Literatur.[170] Hier interessiert allein

166 Im Gegensatz zu den Exklusivvereinbarungen veranstalten Vertriebsbindungen (in aller Regel) keinen ausschliesslichen Geschäftsverkehr. (Ebenso LEHMPFUHL 36) Dazu gesellen sich teilweise unterschiedliche absatzpolitische Ausgangslagen. (Für saubere Abgrenzung votieren auch RITTNER, Ausschliesslichkeitsbindungen, 47 f., SCHLUEP, Vergleich, 10, SCHWARTZ, Kommentar, 51 f., MAIER 8 und LEHMPFUHL 36 f.; ausführlich darüber NIENS 15 f.; vergl. überdies § 18 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 GWB; zurückhaltender – mit unzutreffender Diagnose der von der Ausschliesslichkeitsbindung beschlagenen Waren – SCHWANKE 34; a.M. offenbar SÖLTER (Vertriebsbindungen, 10), der Vertriebsbindung als Unterfall der Ausschliesslichkeitsbindung klassifiziert; unrichtig ferner SPOENDLIN 19).

167 Darüber eingehend vorn 150 f.

168 Parallelen zwischen der Selektion des Herstellers und den Vertriebsbindungen sind manifest: Zunächst kann sich der Produzent Querliefervorschriften an seine unmittelbaren Abnehmer bedienen, um die eigene Selektionspolitik überhaupt nahtlos abzusichern. Aber auch weitergreifende Vertriebsbindungen wurzeln meist in der nämlichen Marketingwelt wie der eigene Ausleseentscheid.

169 Ebenso NIENS 24, LEHMPFUHL 29.

170 Ohne befriedigenden Systemgehalt sind die gängigen Fallgruppen und Gliederungen. (Vergl. etwa LEHMPFUHL 29 f., MÜLLER-FEMBECK 9 f., SCHLUEP, AVV I, 21 f.; beachtlich immerhin NIENS 24 f.).

der Weisungsinhalt.[171] Erstes (und wichtigstes) principium divisionis bildet wiederum die Frage, nach welchen Bedingungen der Händler seine Kunden auszulesen habe; genauer: ob sich die Selektion nach räumlichen oder persönlichen Gesichtspunkten abwickeln müsse.[172] [173]

a) *Persönliche Vertriebsbindungen*

Diese – häufig auch als Kundenschutz- oder Kundenbeschränkungsklauseln angesprochenen[174] – Vertriebsbindungen verpflichten den Händler, seine Wahl nach *persönlichen* Vertriebsattributen zu treffen. Sie können marktstufenspezifisch oder marktstufenindifferent ausfallen.[175]

aa) *Marktstufenspezifische Vertriebsbindungen*

Sie enthalten die Order, welche *Marktstufen* der Händler (nicht) einschalten darf. Ihm ist vorgeschrieben (bzw. untersagt), Grossisten oder Einzelhändler oder Konsumenten zu versorgen.

171 Mithin liesse sich auch der formelle Aspekt der Vertragsgestaltung näher ausleuchten, etwa nach der Zahl der Vertragspartner, nach ihrer Marktstufenzugehörigkeit sowie nach der Bindungstechnik (NIENS 25 f.).

172 Seit geraumer Zeit wird im amerikanischen Recht klar zwischen *"territorial restrictions"* und *"customer restrictions"* unterschieden. (Vergl. NEALE 220 f., SCHMIDT 258 f., 313, SANGMEISTER 66, SCHMITT 113) Auch ein Grossteil des europäischen Schrifttums hält räumliche und persönliche Vertriebsbindungen auseinander. (Vergl. SCHWARTZ, Kommentar, 54 f., BELKE, Geschäftsverweigerung, 210, LÖWISCH 48, SCHULTE-MÄTER 4 f., ULMER, Vertragshändler, 116 f., VAN GERVEN 165).

173 Ausser acht gelassen werden die praktisch bedeutungslosen zeitlichen Vertriebsbindungen. (Vergl. hiezu SCHWARTZ, Kommentar, 55).

174 Der Begriff wurde vorab in Anlehnung an den amerikanischen Sprachgebrauch geprägt. (Vergl. BELKE, Kundenbeschränkung, 57, SANGMEISTER 66, SCHMIDT 258 f., SCHMITT 113, SCHULTE-MÄTER 4).

175 Vergl. auch WESTRICK 758 f.

Über die Belieferung entscheidet somit ausschliesslich die Marktstufenzugehörigkeit des Käufers. Hingezielt wird auf eine optimale Wahrnehmung der Funktionen im Absatzkanal: Keine Doppelspurigkeiten durch Quer-, keine Lücken durch Sprunglieferungen.[176]

Marktstufenspezifische Vertriebsbindungen können einmal *Querverkäufe* unter stufengleichen Händlern regeln. Damit sollen Horizontalverschiebungen im Warenfluss vereitelt werden. Bekannt sind in erster Linie die förmlichen Querlieferverbote, die beispielsweise dem Grosshändler jeden andern Grosshändler, dem Einzelhändler jeden andern Einzelhändler zu meiden gebieten.[177] Den marktstufenspezifischen Vertriebsbindungen gehören nur generelle Querverkaufsvorschriften zu, nicht aber solche, die den autorisierten Händler lediglich netzexterne Lieferungen versperren.[178] Bedeutungslos bleibt indessen, ob ein Verbot vereinbart oder ob alles von der Zustimmung des Herstellers abhängig gemacht wird.[179] Wie Querlieferverbote wirken auch *(positive) Längsliefergebote.* Sie verfügen den ausschliesslichen Geschäftsverkehr mit der benachbarten Wirtschaftsstufe.[180] Man denke vorab an die (an den Einzelhändler gerichtete) Weisung, nur Endverbraucherverkäufe zu tätigen (Direktlieferpflicht).[181]

Querverkaufsregeln sind ausserordentlich straffe Vertriebsordnungsinstrumente. In der Praxis sekundieren sie häufig bei der

176 Vergl. z.B. NIENS 35 f., LEHMPFUHL 30.

177 Zum Begriff des Querlieferverbotes NIENS 35, LEHMPFUHL 30 f., MÜLLER-FEMBECK 9 f., REINHART, Vertikale Verträge, 192 Fn. 60. – Vergl. aus der Kommissionspraxis die Entscheide Du Pont 27, Omega 28, Philips 41, Rochas 517, Saba 24, Sperry Rand 42, Junghans 13.

178 Mithin ist genau abzugrenzen: Man hat zu erkunden, ob die Vertriebsbindung Querverkäufe schlechthin oder nur an Netzaussenseiter verbietet. Letztere sind deswegen nicht marktstufenspezifisch, weil sie bloss Reflexwirkung des umfassenden (marktstufenneutralen) Selektionskonzeptes sind. (Vergl. auch hinten 197).

179 Als Beispiel Gerofabriek-Entscheid 9.

180 Vergl. LÖWISCH 48 f.

181 So in den Entscheiden Adox 56, Dior/Lancôme 41, Sperry Rand 42, Rochas 216, Philips 41.

Durchsetzung anderer Wettbewerbsbeschränkungen, namentlich der Preisbindungen.[182] Ferner zeitigen sie gebietsschutzähnliche Effekte.[183]

Marktstufenspezifische Vertriebsbindungen können auch die *vertikale Warenbewegung* kanalisieren. Alsdann verwehren sie dem Händler, beliebig an stufenungleiche Glieder der traditionellen Vertriebskette abzusetzen. Zu erwähnen sind *Rücklieferverbote,* die ausschliesslich einen Verkauf an nachgelagerte Abnehmer zulassen.[184] Betreffen die Vorschriften Längslieferungen, so verbieten sie das Überspringen von Zwischenhandelsstufen.[185] So trachten Hersteller insbesondere danach, den Detaillisten im Vertriebsweg zu belassen und verwehren dem Grosshändler einen unmittelbaren Absatz an den Verbraucher *(Direktverkaufsverbot).*[186] Damit soll abermals funktionsgerechte Distribution sichergestellt werden.[187] Überdies können Bestrebungen zur Bewahrung des Preisgefüges im Spiele sein.[188] [189]

182 Aussenseiter sollen als potentielle Preisbrecher gemieden werden. (Vergl. statt vieler REIMER, Preis- und Vertriebsbindungen, LEHMPFUHL 31, LUTZ/BASSON 508, NIENS 36, MÜLLER-FEMBECK 10).

183 Vergl. hinten 224.

184 Hauptfall: Verbot einzelhändlerischer Rücklieferung an den Grosshandel. (Vergl. REINHART, Vertikale Verträge, 192 Fn. 60; dazu auch die Entscheide Junghans 13, Saba 24 und Philips 41).

185 (Vereinzeltes) Beispiel: Alleinvertreibendem Importeur wird die Ausschaltung des Grosshandels untersagt.

186 Die Terminologie stimmt wiederum nicht überein. Teils ist vom "Verbot von Direktgeschäften" (so NIENS 36, MÜLLER-FEMBECK 10 und LEHMPFUHL 31), häufiger vom "Sprunglieferverbot" (so SCHMITT, Schwerpunkte, 106, REINHART, Vertikale Verträge, 192 Fn. 60 und die Entscheide Philips 41, Saba 24) die Rede.

187 Der Hersteller riskiert bei Direktgeschäften ungenügliche Repräsentation, Akquisition und Kundenbetreuung. (Anschaulich LEHMPFUHL 31 f.; vergl. zum Schutz des Einzelhandels vor dem grauen Markt vorn 142).

188 Kein "Missbrauch" des günstigeren Einstandspreises zu Unterbietungszwecken.

189 Beispiele solcher Direktverkaufsverbote: Entscheide Sperry Rand 42, Saba 23 und Philips 41.

ββ) *Marktstufenindifferente Vertriebsbindungen*

Solche marktstufenindifferente Vertriebsbindungen[190] machen den *Kerngehalt* des (mehrstufigen) Selektivvertriebs aus. Als Auslesekriterium sticht das absatzwirtschaftliche Können des Abnehmers heraus (Qualitativselektion), dem sich eine zusätzliche zahlenmässige Begrenzung (Quantitativselektion) anschliessen mag.[191] Folgerichtig treten ausdrückliche Regeln über einen bestimmten horizontalen oder vertikalen Güterstrom in den Hintergrund. Entscheidend ist vielmehr die Geschlossenheit des nach Geheiss des Herstellers aufgebauten Absatznetzes. Sämtliche Vertriebsbindungen (Quer- wie Längslieferanweisungen) erstreben eines: Die Vertragserzeugnisse ausschliesslich im auserkorenen Händlerkreis zirkulieren zu lassen.[192] In fine verdichten sich marktstufenindifferente Vertriebsbindungen zu einem umfassenden *Verbot des Verkaufs an nichtautorisierte Abnehmer.*[193] Gemeinhin wird zwischen Vertriebsbindungen mit Diktat qualitativer bzw. quantitativer Selektion unterschieden.[194]

190 LEHMPFUHL (32) und MÜLLER-FEMBECK (11) sprechen (unpräzise) von "selektive(r) Erfassung der Absatzmittler".

191 Ausser Spiel bleiben hier die bezüglich des fachlichen Standards wenig induktiven Gesichtspunkte wie Domizil oder Marktstufenzugehörigkeit.

192 Der vorgelagerte Händler hat bei seinen Längslieferungen die gleiche Selektionspolitik zu befolgen wie der nachgelagerte bei seinen Querverkäufen. (Vergl. SANGMEISTER 71) – Bezeichnenderweise bestimmt Ziffer 11 Satz 2 des BMW-Händlervertrages: "Der Verkauf an nicht von BMW autorisierte Händler ist ausgeschlossen". (SCHMITT 397).

193 Vergl. etwa SANGMEISTER 71 (Schwinn Case) – Aufschlussreich auch Ziff. 1.1. Satz 2 des BMW-Händlervertrages (bei SCHMITT 379).

194 Vergl. etwa TESSIN, Markenartikelvertrieb, 684 f., SCHRICKER 528, GRAUEL 486, HEFERMEHL 275, MESSER 378, GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 191 f., BAROUNOS/HALL/JAMES 55, SCHMITT 99 f. sowie die Kommission im 1. Wettbewerbsbericht 70, 3. Wettbewerbsbericht 21 und 4. Wettbewerbsbericht 27.

– Vertriebsbindungen mit Diktat *qualitativer Selektion*
Der gebundene Händler hat seinen Kunden nach der absatzwirtschaftlichen Befähigung auszuwählen. Wer den Anforderungen genügt, findet Aufnahme im Netz.[195] Im Einzelfall mögen entscheiden:[196]

1. Finanzielle Leistungskraft
   - Zahlungsmodus
   - Kapitalkraft
   - Kreditwürdigkeit
2. Abnahmemengen
   - Jahresbestellmengen
   - Auftragsgrössen
3. Marketing-politische Kriterien
   - Betriebsgrösse
   - Ruf (Goodwill)
   - Standard
   - Raum und Ausstattung
   - Sortiment
   - Fachliche Leistungsfähigkeit (insbesondere hinsichtlich Kundendienst, Werbung, Marktforschung usw.)
   - Lagerhaltung
   - preispolitisches Verhalten
   - Kooperationswille und persönlicher Einsatz[197]

Wem eine individuelle Prüfung der Qualifikationen durch den Händler widerstrebt, mag ihm eine *betriebsformspezifische Auswahl* auferlegen. Dann wird die Eignung des Abnehmers

195 Näheres zur qualitativen Selektion vorn 54 f.

196 Aus der vielfältigen Selektionspraxis vergl. die Entscheide Junghans 11, Kodak 25, BMW 3, Rochas 517, Omega 22 f. und Saba 21; aus der Literatur die Aufzählungen bei MEYER, Grundzüge, 56, RITTNER, Beschränkungen des Kundenkreises, 201, LEHMPFUHL 32 f., BECKMAN/MAYNARD/DAVIDSON 626 f., MÜLLER-FEMBECK 11, NIENS 72, 78, SÖLTER, Universalvertrieb oder Selektivvertrieb, 304 f., ULMER, Vertragshändler, 28, MANN 50, MOLL 6, SCHENK/VÖLK 33 f.

197 Dieser Katalog ist ausführlich abgehandelt vorn 93 f. – Von den (förmlich vereinbarten) Kriterien dominieren im europäischen Selektivvertrieb die marketing-politischen, allen voran die bezüglich Ausstattung, Kundendienst, Sortiment, Werbung, Standort und Lagerhaltung.

aus dessen Handelsbetriebsform herausgelesen. Wie man weiss, sind derartige betriebstypengerichtete Vertriebsbindungen, – obwohl die Grenzen zur üblichen qualitativen Selektion verfliessen –, auch absatzwirtschaftlich fragwürdig.[198]

Bedeutsamste positive[199] Vertriebsbindung stellt die Anweisung dar, nur den Fachhandel zu bedienen. Diese *Fachhandelsbindung* ist eine Unterart der qualitativen Auswahl mit einem spezifischen (relativ "milden") Selektionsinhalt.[200] Gefragt sind bestimmte marketing-politische Funktionen, allen voran Sortiment, Ausstattung und Kundendienst.[201] Der Hersteller kann auch (negativ) zur Geschäftsverweigerung gegenüber bestimmten Betriebsformen aufrufen. So sind Warenhäuser nicht selten auszusperren.[202] Steht ein stabiles Preisgefüge im Spiel, müssen preisaggressive Vertriebsstellen (insbesondere Discounter) gemieden werden.[203] Möglicher-

198 Fehlerquellen drohen deshalb, weil das zugeschriebene und das reale Leistungsvermögen auseinandergehen können. Im übrigen entspringen die Auswahl mit individuellem Eignungstest und die nach Handelsbetriebsform der nämlichen Selektionsidee. (Darüber ausführlich vorn 106 f.).

199 Zur Unterscheidung zwischen positiven/negativen Vertriebsbindungen hinten 200 f.

200 Je nachdem, welcher Fachhandelsbegriff dem Händler zu unterstellen befohlen ist, fällt die Selektion natürlich unterschiedlich aus. (Vergl. BENISCH, Kommentar, 53; näheres vorn 57).

201 So zum Beispiel im gängigen Fachhandelsbegriff bei BATZER/GREIPL/LAUMER 83. Dazu treten oft Ausstattung und Lagerhaltung. (Vergl. das von der Kommission als "Fachhandelsbindung" bezeichnete Junghans-Absatzsystem (Junghans-Entscheid 11 f., insbesondere 14); ähnlich SPORMANN (Entwicklung, 440 f.) zum Kodak-Entscheid) – Hingegen wird reiner Fachhandelsvertrieb verlassen, wenn artfremde Kriterien mitschwingen oder wenn systemwidrig zusätzliche Bindungen auferlegt werden. (Vergl. zum letzteren auch SCHMITT, Schwerpunkte, 105 und die Fallgruppenbildung der Kommission im 5. Wettbewerbsbericht 25 f.).

202 Vergl. die (aufgehobenen) Klauseln in den Entscheiden Omega 28, Saba 24 und Junghans 13.

203 Beispielhaft der amerikanische General-Motors-Fall. (Vergl. BELKE, Kundenbeschränkung, 3 f. und MARKERT, Selektive Vertriebsmethoden, 3 f.).

204 Vergl. die Stellungnahme der Kommission der Europäischen Gemeinschaft zu Export- und Re-Import-Verboten, AWD 1971, 289 f., insb. 291.

weise findet man Versandhäuser, Konsumgenossenschaften und ähnliche Absatzmittlertypen auf der "schwarzen Liste".[204]

– Vertriebsbindung mit Diktat *quantitativer Selektion*
Diese Vertragsklausel schreibt dem Händler (zusätzlich)[205] eine zahlenmässige Begrenzung seines Abnehmerkreises vor.[206] Er ist gehalten, auch vertriebstaugliche Bezüger soweit auszulassen, wie sie die vorbestimmte Distributionsdichte überdehnen. Erstrebt wird allemal eine Straffung der Distribution.[207]

β) *Räumliche Vertriebsbindungen*

Sie verlangen eine Selektion nach *räumlichem* Massstab. Diese (dem Gebietsschutz zugerechneten) Vertriebsbindungen sperren dem Händler in fremden Absatzräumen domizilierte Abnehmer.

bb) Positive und negative Vertriebsbindungen

Auch Vertriebsbindungen lassen sich, – je nach der Weisungsformel –, in positive und negative aufteilen.[208] Die positiven bestimmen ausdrücklich, welche Abnehmer angeliefert[209], die

205 Quantitative Selektion als Primärselektion, will heissen ohne vorausgehende qualitative Auslese, ist leere Theorie. (Vergl. vorn 55 f.).

206 Vergl. die Entscheide BMW 4 und Omega 23.

207 Gelichtete Händlernetze entlasten die Vertriebsrechnung, erhöhen die Umschlagsgeschwindigkeiten und steigern die Exklusivwirkung. (Ausführlicher vorn 108 f.).

208 Ebenso SCHWARTZ, Kommentar, 54, MÜLLER-FEMBECK 6 und BÜNTIG 101.

209 Beispiel: Direktlieferpflicht, Fachhandelsbindung. Positiv sind meist auch die generellen Vertriebsbindungen mit Diktat qualitativer oder quantitativer Selektion gehalten. Einen Sonderfall der positiven Vertriebsbindung haben wir vor uns, wenn die bezugsberechtigten Händler mit Namen genannt sind.

negativen, welche gemieden werden müssen.[210] Jene diktieren ein Tun, diese ein Unterlassen.[211] Die Unterscheidung bleibt in jedem Fall klassifikatorisch.[212]

cc) Einfache und qualifizierte Vertriebsbindungen

Einfache Vertriebsbindungen reglementieren bloss den Auswahlentscheid des Händlers. *Qualifizierte* nehmen obendrein auf die vertragliche Ausgestaltung seiner Geschäftsbeziehungen Einfluss. Der Hersteller bestimmt, auf welchen *Inhalt* der Vertrag zwischen dem Händler und dessen Abnehmer zustande kommen muss.[213] Verschiedenes kann weiterzuleiten befohlen sein. Von Interesse sind einmal die sogenannten *"durchlaufenden Vertriebsbindungen"*[214], also vom Händler der nachfolgenden Marktstufe aufzuladende Abnehmerbeschränkungen.[215] (Beispiel: netzweit verbreitetes Verbot der Belieferung nichtautorisierter Händler)[216]

210 Als Beispiele wären eine Reihe marktstufenspezifischer Vertriebsbindungen (Direktverkaufsverbot, Quer- und Rücklieferverbot) oder die Pflicht zur Meidung gewisser Handelsbetriebsform zu nennen. Auch die räumlichen Vertriebsbindungen weisen negativen Weisungsinhalt auf.

211 Zutreffend NIENS (31 f.), der zwischen Vertriebsbindungen mit Gebots- und Verbotscharakter unterscheidet.

212 Gl.M. offenbar RITTNER, Beschränkung, 201.

213 Analog dem Hersteller bei den qualifizierten Absatzbindungen wird dem Händler nicht nur in seine Abschluss-, sondern auch in seine Inhaltsfreiheit eingegriffen. (Vergl. vorn 182 f.)

214 Zum Begriff (statt aller) SCHWARTZ, Kommentar, 55 und KLOSTERFELDE 419.

215 Im 3-stufigen Vertrieb regeln qualifizierte Vertriebsbindungen bloss das Quer- oder Rücklieferverhalten des Einzelhandels. Erst bei Einschaltung einer weiteren Zwischenhandelsstufe sind auch qualifizierte Längsliefervorschriften denkbar.

216 "Die Junghans-Grosshändler und die Junghans-Alleinvertriebshändler sind verpflichtet, die von ihnen belieferten Facheinzelhändler... zu binden, die bezogenen Vertragserzeugnisse nur an Endverbraucher oder an anerkannte Junghans-Facheinzelhändler oder an Alleinvertriebs- oder Grosshändler, die sich gegenüber Junghans zur Einhaltung der Vertriebsbindung verpflichtet haben, zu verkaufen". (Junghans-Entscheid 12).

Der vorgeschriebene Bindungsinhalt kann auch marketing-politische Pflichten oder Preisregeln betreffen.[217] Nicht selten ist gar ein ausformuliertes Vertragsmuster vorgegeben, auf das der Händler mit seinen Nachfragern kontrahieren muss.[218]

8. Marketing-politische Bindungen

a) Begriff

Den marketing-politischen Bindungen werden hier eine Reihe "vertriebsfördernder"[219] Obliegenheiten zugeordnet. Ihnen ist gemeinsam, den Schuldner zu einem *gezielten Einsatz ausgewählter Marketing-Instrumente* anzuhalten. Bindungssubjekt ist aller Regel nach der *Händler.*[220] Die Vorschriften verlaufen weithin synchron zu den entsprechenden marketing-politischen Selektionskriterien[221] und enthalten zumeist Pflichten auf ein Tun.[222]

217 Beispiel: Der Alleinvertreter weist den Grossisten an, den Einzelhandel Verpflichtungen über Sortimentsgestaltung, Kundendienst, Lagerhaltung, Werbung usw. eingehen zu lassen. – Auch bezugspolitische Bindungen sind denkbar.

218 Vergl. die Entscheide BMW 1 und Omega 29.

219 Eine Mehrheit des Schrifttums bezeichnet sie denn auch als *verkaufs- oder vertriebsfördernde Klauseln.* (Vergl. SCHULTE-MÄTER 2 f., STUMPF/LÖSCH 13, SCHLUEP, AVV I, 22, ders., AVV II, 274, SPORMANN, Konturen, 132, ders., Europäischer Alleinvertrieb 53, Zimmermann, Vertragshändlerverträge, 174, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 232) – Die Terminologie ist dennoch nicht einheitlich. So spricht RITTNER (Vertragsrechtliche Fragen, 97) von "Tätigkeitsklausel", SCHULTE-MÄTER (3) von "Repräsentationsklausel", LÖWISCH (52) von "sachlichen Organisationsbindungen" und BELKE (Geschäftsverweigerung, 210) von "Vertriebsbindungen sachlicher Art".

220 Soweit Hersteller verpflichtet werden, tragen die Bindungen meist nur Mitwirkungs- und Erfüllungshilfecharakter.

221 Vergl. vorn 151.

222 Beispiel einer Ausnahme: Akquisitionsverbot.

b) Die einzelnen Bindungsinhalte

aa) Einrichtung, Ausstattung, Warenpräsentation

Der Händler kann angewiesen sein, die Betriebseinrichtungen auf einem bestimmten technischen Standard zu halten, zumal beim Vertrieb moderner Problemgüter.[223] Andere Bindungen zielen auf ein Prestigeerlebnis beim Einkauf ab. Sie fordern zu gediegener Geschäftsausstattung und entsprechender Warenpräsentation auf.[224] [225] Zuweilen wird selbst auf Lage[226] und bauliche Ausgestaltung[227] eingewirkt.

bb) Kundendienst

Über Qualitätspflege und Kundendienst im Selektivvertrieb wurde bereits einlässlich referiert.[228] Es herrschen die Verpflichtungen der Händler vor, denen – teils in beachtlichem Umfang – der Unterhalt eines Kundendienstnetzes zugetragen ist.[229] Art-

223 "Der Direkthändler verpflichtet sich, einen Geschäftsbetrieb zu unterhalten, dessen Ausstattung und Einrichtung sowie technische und kaufmännische Leitung den Anforderungen von BMW gerecht wird". (Ziff. 9 des BMW-Vertrages bei SCHMITT 384; vergl. auch LANG 126, 142 f. und 154).

224 Vergl. die Entscheide Kodak 25, Omega 23 und Saba 23 sowie Ziff. 2.4. des Automobilgrosshändler-Vertrages bei SCHENK/VÖLK 99. Näheres dazu vorn 99 und 123 f.

225 Weisungen können auch bezüglich Verpackung der Waren ergehen, etwa als Pflicht, nur originalverpackte Artikel zu verkaufen. (Vergl. die Entscheide Du Pont 28 und Rochas 517) Im Kontext sind auch die sog. *"Abfüllverträge"* erwähnenswert, die für nicht abgepackte Waren die nämliche Aufmachung vorschreiben. (Vergl. SPORMANN, Europäischer Alleinvertrieb, 52).

226 Vergl. SCHLUEP, AVV I, 23 und Ziff. 9.1. des BMW-Vertrages (SCHMITT 284).

227 Vergl. SCHENK/VÖLK 34 (Rosenthal).

228 Vorn 101 f. und 125 f.

229 Zu diesen (oft sehr einlässlichen) Anweisungen vorn 125 f. Vergl. darüber hinaus aus der europäischen Praxis die Entscheide Omega 22 f., Du Pont 28, Rieckermann/AEG-Elotherm 25, Duro-Dyne/Europair 11, Grundig/Consten 328, D.R.U./Blondel

fremde Zwecke sind im Spiele, wenn dem Händler nur im Vertragsgebiet gekaufte Erzeugnisse zu betreuen gestattet ist.[230] [231] Man findet freilich ebenfalls die gegenteilige Klausel vor, die dem Abnehmer nachdrücklich Kundendienste für sämtliche Vertragswaren – gleichviel, ob bei ihm erworben – vorschreiben.[232]

Auch der Hersteller kann sich zu Kundendienst (meist zugunsten des Händlernetzes) verpflichten (Beratung, Information, Werbehilfen, usw.). Von Belang ist namentlich die Übernahme der Garantieleistungen.[233]

cc) Lagerhaltung

Lagerhaltungsbindungen des Händlers können bekanntlich zweierlei beabsichtigen: Regeln sie die qualitativen Lagerbedingungen[234], sind sie Bestandteil herstellerischer Qualitätspolitik.[235] Die (verbreiteteren) quantitativen Mindestlagervorschriften[236]

256 und Minière/Maschinenbau Ulm 285; besonders illustrativ Ziff. 7 f. des BMW-Vertrages (SCHMITT 383), mit Verweis auf besondere "Kundendienstrichtlinien", und § 9 Ziff. 2 des Vertragsmusters der HkDS bei MAIER/MEYER-MARSILIUS 56 f., mit diversen Regelungsvarianten. – Höchst fraglich ist, ob sich derartige Kundenbetreuungsaufgaben bereits aus den allgemeinen Interessenwahrnehmungspflichten (dazu vorn 164 f.) ergeben. (Vertreten von STUMPF 27; vergl. auch ders., Vertragshändlervertrag, 39).

230 Verboten sind regelmässig Kundendienste für importierte oder ausserhalb des Vertragsgebietes beschaffte Waren. (Vergl. etwa – für Garantiearbeiten – Entscheid Zanussi 37 sowie § 9 Ziff. 2 Abs. 4 des HkDS-Mustervertrages bei MAIER/MEYER-MARSILIUS 56).

231 Vergl. hinten 224.

232 Vergl. BUDCZIES 11, ULMER, Vertragshändler, 212, ders., Stellung, 63 und WINKEL 28.

233 Näheres zu den herstellerischen Betreuungsaufgaben vorn 140 f.

234 Vergl. z.B. den Kodak-Entscheid 25.

235 Dazu vorn 104.

236 Vergl. die Entscheide Duro-Dyne/Europair 11, Jallatte/Voss/Vandeputte 152 f., Saba 23, Omega 22, 23 und D.R.U./Blondel 256.

dagegen wollen Ablieferungsfristen abkürzen und Nachfrageschwankungen nivellieren.[237] Meistenteils ist die gesamte Sortimentsbreite vorrätig zu halten[238], gelegentlich mit Einschluss von Ersatzteilen[239] und (oder) Vorführungs- resp. Ausstellungswaren.[240] Ähnliche Ergebnisse wie Lagerquoten mögen monatlich gestaffelte Abnahmemengen erbringen.[241]

dd) Sortiment

Händlerverträge nehmen mitunter auch Einfluss auf die Sortimentsgestaltung der Abnehmer. Weil alsdann sie die beschaffungspolitische Freiheit berühren, ist die Verwandtschaft mit den Bezugsbindungen nicht zu verkennen. Vorab ist an die Bezugsklausel für Fremdwaren zu erinnern[242], die Erzeugnisse anderer Produzenten von den eigenen Absatzstellen fernhält. Die Sortimentsbindungen im engeren Sinne erstreben hingegen eine Ausweitung. Sie verpflichten den Händler zur Führung des vollständigen Leistungsprogramms des Herstellers[243], ohne ausdrücklich Exklusivverkehr

237 Ausführlich vorn 104.

238 D.h. vorab auch weniger gängige Sortimentsbestandteile. (Vergl. ULMER, Vertragshändler, 112).

239 Vergl. STUMPF 51, ders., Vertragshändlervertrag, 65, GRAUPNER, AVV, 52, WINKEL 28, ULMER, Stellung, 63; dazu auch Art. 11 des VDMA-Vertragsentwurfs (STUMPF/LÖSCH 63), § 10 des HkDS-Mustervertrages (MAIER/MEYER-MARSILIUS 58) und die Entscheide Minière/Maschinenbau Ulm 285 und Grundig/Consten 328.

240 Vergl. Ziff. 6.1. des BMW-Vertrages (SCHMITT 382) und Ziff. 8 des Automobilgrosshändler-Vertrages bei SCHENK/VÖLK 103.

241 ULMER, Vertragshändler, 135.

242 Vergl. vorn 187 f.

243 Die Bindung ist selten. (Vergl. immerhin den Saba-Entscheid 25 und Art. 2 Ziff. 2 lit. a der VO 67/67).

anzuordnen.[244] Ist der Bezug sachlich oder nach Handelsbrauch nicht zugehöriger Waren geschuldet, hat man *Kopplungsgeschäfte*[245] vor sich.[246] Auf sie wird nicht näher eingetreten.[247]

ee) Werbung

Beliebt sind Bindungen werbepolitischen Inhalts.[248] Sie verpflichten den Händler in erster Linie auf die Übernahme von Reklameaufgaben.[249] Die einzelnen Anweisungen können konkretisiert ergehen, so wenn Werbeträger, Werbebotschaft[250] oder die

244 Sortimentsklauseln sehen als solche keine Ausschliesslichkeiten vor. Dem Händler bleibt unbenommen, auch im Rahmen des Herstellerangebots Konkurrenzwaren zu führen. Faktisch treten freilich öfters ähnliche Wirkungen auf. (Gl.M. wohl KOENIGS, Probleme, 306). Die Beigabe einer Exklusivklausel ist möglich. (Vergl. RUHWINKEL 14).

245 Vergl. zum Begriff des Kopplungsgeschäftes (unter vielen) SCHLUEP, Rule of Reason, 45, SANGMEISTER 77 f., NEALE 212, SANDROCK, Grundbegriffe, 439 f., MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 189, SCHWARTZ, Kommentar, 59 f.; ausführlich darüber auch die Arbeiten von JENSEN und MITCHELL.

246 Die Realien zeigen, dass Kopplungsabsprachen im europäischen Selektivvertrieb eine Rarität darstellen. (Vergl. auch SCHWARTZ, Kommentar, 98; a.M. wohl GRAUPNER, AVV, 52).

247 Probleme mag die Abgrenzung zwischen der Pflicht zur Führung vollständiger Sortimente und der Kopplungsbindung aufwerfen. (Vergl. SPORMANN, Europäischer Alleinvertrieb, 52 f. und LÖWISCH 53 f.).

248 Abermals muss man anzweifeln, ob Werbepflichten der allgemeinen Interessenwahrnehmungsklausel sich entnehmen lassen. (A.M. STUMPF 27 und ders., Vertragshändlervertrag, 39 f.).

249 Vergl. ULMER, Vertragshändler, 112, STUMPF 34 f., ders., Vertragshändlervertrag, 50, RENZ 8 f., SÖLTER, AVV, 12, SUNDHOFF, Absatzbindungen, 494, WULLSCHLEGER 33, KOEBLE 14 f., HINTERMANN 112; dazu ferner die Entscheide Saba 22 und Grundig/Consten 328 sowie die einlässlichen werbepolitischen Vorschriften (mit Varianten) in § 8 des HkDS-Mustervertrages bei MAIER/MEYER-MARSILIUS 54 f.

250 Vorstellbar ist schlechthin eine zentrale Steuerung der Werbung. (Vergl. STUMPF 35 und ders., Vertragshändlervertrag, 50).

Kennzeichnung von Geschäftslokal und Geschäftspapieren[251] vorbestimmt werden.[252] Nicht selten ist das Produzentenzeichen eigens herauszustellen.[253] Womöglich begnügt sich der Hersteller auch mit finanziellen Mindestaufwendungen oder der Beteiligung an seinem Werbeetat.[254]

Durchaus anderes Gepräge weisen Bindungen auf, die die Werbeanstrengung des Händlers drosseln. Allermeist werden räumliche Grenzen abgesteckt. So untersagt ihm das *Akquisitionsverbot*[254a], "in einem andern als seinem eigenen Vertragsgebiet zu werben oder sonst zu akquirieren, Niederlassungen oder Auslieferungslager zu unterhalten oder sich irgendwelcher Vermittler zu bedienen".[255] Es begründet – ähnlich der in den USA heimischen

251 Vergl. LÖWISCH 52. Einschneidend sind namentlich die Bindungen im Automobilvertrieb. So orientieren sich die deutschen Ford-Werke nach einem "Dealer Identification Programm", in dem sie "einheitliche Richtlinien bezüglich der Fassadengestaltung der Händlerbetriebe über Farbe, Stil und Schrift der Hinweisschilder usw." vorschreiben. (LANG 154; vergl. weiter ders., 126, 142 sowie MAYERLE 23).

252 Preisbindungsersatz kann eine Verpflichtung sein, die den Händler zum Gebrauch von Werbematerial mit Preisanschrift auffordert. (Vergl. BELKE, Geschäftsverweigerung, 250).

253 Dazu gehört namentlich eine deutliche Markierung von Verkaufs- und Kundendiensträumen. Uneinheitlich gehandhabt, meist jedoch untersagt, wird die Aufnahme des Herstellerzeichens in die Geschäftsbezeichnung. (Eingehend ULMER, Vertragshändler, 119 f.) – Vergl. im Kontext auch LANG 126, 142 und 154, den Omega-Entscheid 23 und Ziff. 6.3.1. des BMW-Vertrages (SCHMITT 382 f.).

254 Vergl. WINKEL 28, STUMPF 35, BECKMAN/MAYNARD/DAVIDSON 623, MAYERLE 22. Vorgeschriebene Mindestaufwendungen werden meist nach dem erzielten Umsatz berechnet. (Vergl. ULMER, Vertragshändler, 112 sowie Ziff. 2.2. des Automobilgrosshändler-Vertrages bei SCHENK/VÖLK 99).

254a SPORMANN (Europäischer Alleinvertrieb, 52) spricht von "Kundenwerbungsverbot".

255 Ziff. 3.2. des BMW-Vertrages (SCHMITT 380). Gleiche Klauseln sehen z.B. auch die Händlerverträge von Peugeot, Volvo, Ford, Autobianchi, Citroën, Audi-NSU, Fiat, VW, Datsun und Opel vor. (SCHMITT 300 Fn. 100) Vergl. ebenfalls die Entscheide Saba 22 und Goodyear/Euram 10. – Zuweilen ist nur der akquisitorische Vorstoss in bestimmte Vertragsgebiete verboten. (Vergl. den Junghans-Entscheid 12) Hiermit sollen wohl besonders schutzbedürftige Händler abgeschirmt werden.

"primary responsibility clause" [256] – Vertragsrayons in hauptsächlicher Verantwortlichkeit, ohne den grenzüberschreitenden Warenverkehr vollauf abzuwürgen. Bezweckt wird stets die Einräumung eines "milderen" Gebietsschutzes.[257]

Bedeutend seltener sind Beschränkungen in persönlicher Hinsicht, die dem Händler die Reklame an bestimmte Werbedestinatare verwehren.[258]

Der Hersteller kann auch selber zur Werbekooperation Hand bieten.[259] Freilich: Meist schuldet er nur Dienste, die dem Händler die Erfüllung der eigenen Aufgaben erleichtern.[260] Man kennt vornehmlich die Pflicht zur kostenlosen Überlassung von Ausstellungs- und Werbematerial[261] oder zur Beteiligung an den Werbekosten.[262]

256 Im amerikanischen Konzept der "area of primary responsibility" werden Mindestabnahmepflichten verordnet, wobei Verkäufe ausserhalb des Vertragsgebietes für die Berechnung des Plansolls nicht mitgezählt werden. Wesensverwandt ist überdies die sogenannte *"location clause"*. (Ausführlich zu diesen Bindungen im Automobilgewerbe SCHMITT 117 f.).

257 MESTMÄCKER (Wettbewerbsrecht, 331) redet zu Recht von "eingeschränkte(m) Gebietsschutz"; vergl. zudem BELKE, Relevanter Markt, 257. (Eingehender hinten Bd. 2, 172).

258 So durften die Philips-Händler früher "keine Werbung in Offerentenblättern betreiben, die an Wiederverkäufer gerichtet waren". (Philips-Entscheid 41; vergl. auch Sperry Rand-Entscheid 42).

259 Vergl. die allgemeine Werbeunterstützungspflicht im Duro-Dyne/Europair-Entscheid 11 sowie in Ziff. 2.2. des Automobilgrosshändler-Vertrages bei SCHENK/VÖLK 99.

260 Vergl. STUMPF 92 und ULMER, Vertragshändler, 123.

261 Vergl. SCHENK/VÖLK 35, NIENS 90, RENZ 9, ULMER, Vertragshändler, 123; illustrativ § 8 Ziff. 1 des Pfaff-Händlervertrages bei SCHENK/VÖLK 95. – Dafür schulden die Empfänger regelmässig Rückgabe nach Vertragsschluss. (Vergl. STUMPF 63, ders., Vertragshändlervertrag, 70, Ziff. 19.3. des BMW-Vertrages bei SCHMITT 388 und § 8 Ziff. 2 des HkDS-Vertragsmusters bei MAIER/MEYER-MARSILIUS 54).

262 BELKE, Geschäftsverweigerung, 212, STUMPF 35.

technische oder kaufmännische Ausbildung,[61] sondern auch Persönlichkeit und Kooperationswille des Händlers.[62] Geprüft wird im weiteren das *Fachwissen der Belegschaft.*[63] Das Verkaufspersonal[64] hat die zu Vorführung, Erklärung und Bedienung erforderlichen, das Werkstattpersonal die für Reparatur- und Servicearbeiten notwendigen Kenntnisse auszuweisen. Endlich entscheiden über die Belieferung die *technischen Einrichtungen* der Vertriebsstelle.[65]

Eine kundendienstpolitische Selektion kann ebenfalls auf der Grosshandelsstufe Anwendung finden. Nicht auf Gesichtspunkte der Verbraucherfürsorge ist hiebei abzustellen.[66] Vielmehr werden Grossisten gemieden, die den Detaillisten nicht mit den geforderten Absatzleistungen (Information, Beratung usw.)[67] versorgen.[68] Gerade im Aussenhandel überlässt der Hersteller die Netzbetreuung oft dem Erstabnehmer.[69]

61 Der Hersteller mag einen anerkannten Fähigkeitsausweis voraussetzen. (Vergl. z.B. WULLSCHLEGER 49 f.).

62 KERN (113) spricht vom "mehr irrationalen Faktor der charakterlichen Veranlagung und des Temperaments". – Auf die Kooperationsbereitschaft achten auch PHILLIPS/DUNCAN 534 und MINNINGER 189; vergl. weiter SCHULTHESS 86 (für das Franchising) und SABA-Entscheid 21.

63 LEHMPFUHL 32, LANG 58 und SABA-Entscheid 21. – Vergl. auch hinten 126 f.

64 Sehr breit zu den Qualifikationen des Verkaufspersonals DÜRIG 14 f.

65 Des insb. bei technischen Problemgütern erforderlichen Investitionsaufwandes wegen schwingt hier allemal eine Selektion nach dem finanziellen Leistungsvermögen mit. (Vergl. vorn 93 und hinten 148).

66 Der Grosshandel spielt als Kundendienstträger für den Konsumenten eine untergeordnete Rolle. (Vergl. – mit Begründung – KONRAD 129 f. und BENNEWICZ 119 f.).

67 Vergl. zu diesen Funktionen ACKERMANN 46 f.

68 Die Bedeutung dieser Kundendienstleistungen wächst für Hersteller wie für Einzelhändler. (NIESCHLAG/DICHTL/HÖRSCHGEN 598 f.).

69 Vergl. auch BATZER 1455.

g) Lagerhaltung

Die Liefersperre trifft zuweilen Absatzstellen mit unbefriedigender Lagerhaltung.[70] Mangelhafte *qualitative* Lagerbedingungen dulden Produzenten nicht, die Beschaffenheitsveränderungen ihrer Güter vor dem Verkauf befürchten müssen.[71] Zumal temperatur- oder feuchtigkeitsempfindliche Erzeugnisse erfordern eine entsprechende Vorsorge im Netzaufbau.[72]

Eingewurzelt ist vor allem die Auslese nach dem *Umfang* der Händlerlager.[73] Denn Vorratshaltung auf den Verteilerstufen gestattet dem Hersteller einen beständigeren Warenfluss zwischen Produktion und Handel. Fertiggestellte Erzeugnisse verbleiben nicht den eigenen Halden, sondern können den Lagerhäusern der Kunden zugeschoben werden. Dämpfen lassen sich hiedurch Nachfrageschwankungen geringeren Ausmasses.[74] Dem Konsumenten verbessert eine quantitative Lagerhaltungsselektion die Lieferbereitschaft des Händlers.[75]

Leicht zu beantworten ist die Frage nach der stufenindividuellen Eignung dieses Auswahlkriteriums. Zur Sicherung geregelter

70 Über die händlerische Lagerhaltung im allgemeinen KOTLER 596 f., MEYER, Grundzüge, 78 f., MÖLLERS 1181 f., WÖHE 276 f. und DORN 2076 f.

71 Vergl. z.B. Kodak-Entscheid 25.

72 DORN 2077 f., SCHRICKER 536, LINNERT, Marketing, 141 f., RITTNER, Beschränkung, 202 und WULLSCHLEGER 38 f. – Über die vertriebspolitische Bedeutung physikalisch-chemischer Eigenschaften auch vorn 78.

73 Vergl. etwa MEYER, Grundzüge, 56, NIENS 72 sowie die Entscheidungen Omega 22/23 und SABA 21.

74 Ebenso SCHMITT 80 und WULLSCHLEGER 39 f. (Er unterscheidet zwischen Tages- und Wochenschwankungen, Monatsschwankungen und Saisonschwankungen.) – Zur *"Speicherfunktion"* der Lagerhaltung DORN 2176 f. und MÖLLERS 1182 f.

75 Augenfällig sind Reflexwirkungen auf andere Selektionsgesichtspunkte: So erlauben nur (quantitative) Lageranforderungen aller Regel nach eine Durchsetzung breiter Sortimente. (Zur Lagergrösse als Bestimmungsfaktor für das Sortiment ROOS 32 f.; vergl. zudem RENGGLI 33 f.) Kehrtwendend beanspruchen umfangreiche Händlervorräte eine entsprechende Kapitalbindung. (So z.B. SCHMITT 80).

9. Kooperations- und Informationsbindungen

Der selektive Vertrieb ist ein Kind der vertikalen Zusammenarbeit im Vertrieb. Hersteller und Händler gehen deshalb gern (auch) *formelle Kooperations- und Informationsabsprachen* ein. Erneut haben die Bindungen der Abnehmer Übergewicht. So legen sich *Produzenten* nur seltenst auf umfassende Förderungs- und Unterstützungspflichten fest.[276] Dagegen leisten sie wiederholt Hilfe bei der Erfüllung einzelner, dem Händler überwiesener Funktionen. Gängig ist zumal werbepolitischer Beistand.[277] Für die händlerische Planung von Belang sind Informationen des Herstellers über Produktionsengpässe, Lieferdaten und Lieferfristen.[278] Des öftern wird auch Mitteilung über eingegangene Direktbestellungen oder getätigte Direktverkäufe vereinbart.[279]

Weitläufiger sind die Berichtspflichten auf *Händlers* Seite. Natürlich interessieren den Hersteller in erster Linie Mitteilungen über den Geschäftsgang seiner Absatzstellen. Diese haben die entsprechenden Unterlagen auszuweisen[280] und allfällige Kontroll-

275 Vergl. Ziffer 9.3. des BMW-Vertrages (SCHMITT 384).

276 Gleich ULMER, Vertragshändler, 123. Vergl. immerhin den (programmatischen) Leitsatz in Ziff. 8 des BMW-Vertrages ("BMW wird den Direkthändler nach Kräften unterstützen.") sowie die Erfahrungsaustauschklausel im Nicholas/Vitapro-Entscheid 25. – Allerdings wäre zu fragen, ob (und wieweit) die genuin vertragliche Treuepflicht zur Unterstützung des Händlers anhält. (Vergl. zur Problemstellung PRÖBSTING 66 und RENZ 9; sehr eingehend darüber ULMER, Vertragshändler, 411 f. und 431 f.).

277 Insb.: Überlassung von Werbematerial, Preislisten etc. Von der Unterstützung bei der Kundendienstaufgabe war bereits die Rede. (Vorn 204).

278 Sie sind in erster Linie bei Mindestabnahmepflichten des Händlers belangvoll. (Vergl. STUMPF 54, MAIER/MEYER-MARSILIUS 14, MAIER, AVV, 12). Aus den Realien: § 3 Ziff. 3 HkDS-Mustervertrag bei MAIER/MEYER-MARSILIUS 47.

279 Vergl. RENZ 9, ULMER, Vertragshändler, 123 und STUMPF 59.

280 Begehrt werden genaue Angaben über Ertrag, Umsatz, Liquidität usw. Sie sind regelmässig mit Bilanz und Erfolgsrechnung zu belegen. (Vergl. die Vorbehalte gegenüber zu "kleinliche(n) Bestimmungen" bei MAIER, AVV, 62 f.).

massnahmen[281] zu erdulden.[282] Produzenten fordern überdies für vorgegebene Planperioden[283] Vorausdisposition mit Hinweisen über die Verkaufserwartungen.[284] Die Auskunftsverlangen sind freilich nicht auf Betriebsinterna beschränkt. Gerade Händlern in fremden Absatzräumen wird eine sorgsame Auskundung des zu bearbeitenden Marktes abverlangt.[285] Mithin geht es um das bereits geschilderte Zusammenwirken in Marktbeobachtung und -forschung.[286]

Kooperative Züge tragen auch die Kontrollpflichten der Abnehmer. Im Vordergrund steht die (das Vertriebsbindungssystem ergänzende und absichernde) Überwachung der Distributionswege. Die konkreten Weisungen sind unterschiedlich.[287] Wer schliesslich mit dem Aufbau eines Vertriebsnetzes betraut ist, schuldet allermeist auch dessen Beaufsichtigung.[288]

281 Dazu gehören namentlich Betriebsinspektionen sowie (periodisch oder aperiodisch) Einsicht in die Bücher. Letztere kann erleichtert werden durch Weisungen bezüglich Kontengliederung.

282 Vergl. ULMER, Vertragshändler, 158 f., BUDCZIES 13, LÖWISCH 52, GRAUPNER, AVV, 52, WINKEL 29, LANG 131; dazu die Entscheide Saba 22, Duro-Dyne/Europair 11 und Junghans 12.

283 Meist monatlich oder jährlich.

284 Sie verhelfen ihnen – ähnlich den Mindestabnahmen – zu verbesserter Absatzplanung und regelmässigerem Warenfluss. (Vergl. vorn...). – Aus den Realien: Grundig/Consten-Entscheid 328, Saba-Entscheid 23, Ziff. 5.1. des BMW-Vertrages (SCHMITT 381).

285 Statt aller RENZ 9, LANG 206, ULMER, Vertragshändler, 113. – Vergl. aus den Rechtstatsachen etwa die umfassende Aufklärungspflicht in § 4 Ziff. 2 des HkDS-Mustervertrages (bei MAIER/MEYER-MARSILIUS 48).

286 Vorn 91.

287 Teils wird nur Unterstützung der herstellerischen Kontrollmassnahmen (vergl. etwa den Junghans-Entscheid 12), teils eine genaue Prüfung der Netzzugehörigkeit vor der Anlieferung verlangt (so Saba-Entscheid 22). Erdenklich ist auch eine Registrierpflicht für sämtliche Verkäufe. (Vergl. den Kachelhandel-Fall 24).

288 Man bezweckt – qualifizierte Vertriebsbindungen verstärkend – die Kontrolle der weiterzuleitenden Absatzpflichten. (Umfassend Ziff. 2.9. des Automobilgrosshändler-Vertrages bei SCHENK/VÖLK 100; weiter Saba-Entscheid 23).

10. Konkurrenzverbote

Konkurrenzklauseln (im hier unterstellten Sinn) *"verpflichten die Kontrahenten, zur Tätigkeit des Partners in keiner Form in Wettbewerb zu treten"*.[289] Verwehrt ist ihnen die Begründung von Konkurrenzverhältnissen durch vertikale Vorwärts- oder Rückwärtsintegration. Sie können den Hersteller und (oder) den Händler treffen. Jenem sind die Ausgründung von oder die Beteiligung an Handelsbetrieben untersagt[290], diesem die Aufnahme gleichgelagerter Produktionstätigkeiten oder die Beteiligung an konkurrenzierenden Herstellerbetrieben.[291] [292] Ausnahmsweise mögen derartige Klauseln räumlich ausgerichtet sein[293] oder die gegenteilige Händlerpflicht enthalten, bestimmte (das herstellerische Leistungsprogramm komplettierende) Erzeugnisse herzustellen.[294]

289 SCHLUEP, AVV I, 22; vergl. auch EGGER 145 sowie MAIER/MEYER-MARSILIUS 5 und MAIER, AVV, 2. Die Terminologie ist weithin uneinheitlich. Vielfach werden diesem Begriff die Bezugsbindungen für Fremdwaren zugeordnet. (Vergl. vorn Fn. 136) Häufig sind beide Bindungen miteinander gekoppelt.

290 Vergl. Goodyear/Euram-Entscheid 10, Nicholas/Vitapro-Entscheid 25. – Davon strikte zu unterscheiden ist die *selektive Produktion*, d.h. der Verzicht auf eine Fertigung des gesamten dem Hersteller möglichen Sortiments. (Vergl. CANENBLEY, Diskussionsbericht, 199 f.).

291 Vergl. LÖWISCH 51, SCHRÖTER 111, GRAUPNER, AVV, 52; dazu den Entscheid Grosfillex/Fillistorf 381, § 4 Ziff. 5 des HkDS-Mustervertrages (MAIER/MEYER-MARSILIUS 49) und Art. 5 Abs. 2 des VDMA-Vertragsmusters (STUMPF/LÖSCH 61). – Weiter gefasst sind die Wettbewerbsverbote in Handelsvertreterverträgen. (Statt aller – mit weiteren Hinweisen – CRAMER 11 f.).

292 Fraglich ist allenfalls, ob die Konkurrenzklausel auch ein entsprechendes *Beteiligungsverbot* einschliesse. (Bejahend SCHLUEP, AVV I, 23 ;verneinend STUMPF 37; vergl. aber neustens ders., Vertragshändlervertrag, 53) Man wird (mangels vertraglicher Klärung) nach Zielrichtung und Umfang der Beteiligung differenzieren müssen. Anlageaktionär zu werden bleibt gestattet, nicht dagegen um Einfluss ringender Unternehmensaktionär. Beim letzteren liegen Umgehungsversuche auf der Hand. (Vergl. das generelle Beteiligungsverbot in § 6 Ziff. 1 letzter Satz des Pfaff-Händlervertrages bei SCHENK/VÖLK 95).

293 Vergl. den Nicholas/Vitapro-Entscheid 25.

294 Vergl. Omega-Entscheid 22. Damit wird regelmässig eine Ausrichtung auf die Präferenzen der jeweiligen Kundschaft erstrebt. ("Räumliche Geschmacksdifferenzierung").

11. Gebietsschutzbindungen

a) Begriff

Obzwar man sich längst mit der Zuweisung (und Abschirmung) von Vertragsrevieren vertraut hat, herrscht noch immer Uneinigkeit über Begriff und Inhalt des Gebietsschutzes.[294a] Richtiger Ansicht nach sind ihm alle *Absprachen* zuzuordnen, *die den Verkehr zwischen einzelnen Händlerrayons abschnüren*[295], genauer: die bewerkstelligen, dass Abnehmern der Warenaustausch mit Partnern in fremden Markträumen verriegelt bleibt.[296] Der Bindungstypus ist heterogen, sowohl bezüglich des Pflichtigen wie auch des normierten Unternehmerverhaltens: Hersteller wie Händler können Gebietsschutz schulden;[297] er regelt teils den Vertrieb, teils – zwar seltener – den Bezug über die Grenze.[298] In jedem Fall wird der Vertragswarenfluss kanalisiert.[299] Die Grenzen der Absatz-

294a Der Grossteil des Schrifttums fasst den Bindungsinhalt enger: Einige Autoren meinen nur qualifizierte (räumliche) Absatzbindungen des Herstellers (BLECKMANN 208, MAIER, AVV, 2, MAIER/MEYER-MARSILIUS 5, ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 175, SPORMANN, Europäischer Alleinvertrieb, 49, STUMPF/LÖSCH 13, SCHLUEP, AVV I, 22), andere nur räumliche Händlerbindungen. (DERINGER, Kommentar, Rn. 45 zu Art. 85 Abs. 1; noch restriktiver GLEISS, Urteile, 170).

295 Massgebliches Kriterium für die räumlich orientierte Meidung ist meistenteils der *Geschäfts- resp. Wohnsitz* des Abnehmers. (Näheres bei STUMPF 45 f. und ders., Vertragshändlervertrag, 58 f.).

296 Ähnlich SCHWARTZ, Kommentar, 99 und SCHULTE-MÄTER 99.

297 Im ersten Fall liegt eine qualifizierte (räumliche) Absatzbindung, im zweiten eine räumliche Bezugs- oder eine (einfache oder qualifizierte) räumliche Vertriebsbindung vor. (Vergl. hinten 215 f.) – Wiewohl ohne Frage territoriale Gesichtspunkte mitschwingen, stellt eine einfache (räumliche) Absatzbindung, insbesondere die Alleinvertriebsklausel, keinen Gebietsschutz dar. Sie verschafft zwar in der betreffenden Zone exklusives Bezugsrecht beim Hersteller, unterbindet indessen weder Ab- noch Zufluss von Vertragswaren. (Vergl. vorn 174 f.; anders offensichtlich SCHWANKE 35).

298 Näheres hinten 217 f.

299 Händlerischer Bezug von Fremdwaren bleibt unter diesem Titel unbenommen.

räume sind aller Regel nach im voraus festgelegt, vereinzelt nach Herstellerwünschen abänderbar.[300]

b) Arten

aa) Herstellerbindung und Händlerbindung

α) *Herstellerbindung (qualifizierte räumliche Absatzbindung)*[301]

Den *Produzenten* verpflichtender Gebietsschutz enthält eine qualifizierte Absatzbindung[302] des Inhalts, er habe seinem Abnehmerkreis räumliche Vertriebs- (oder Bezugs-)bindungen aufzuladen.[303] Der Hersteller muss um eine lückenlose Verankerung händlerischen Gebietsschutzes bemüht sein. Gelegentlich übernimmt er obendrein eine entsprechende Kontrollpflicht.[304]

Schwierigkeiten bereiten in der Praxis die Sachverhaltsanalysen. Wie man spätestens seit dem Grundig/Consten-Fall weiss, erhellt der Vertragstext nicht immer, wie weit die Tätigkeitspflicht von Herstellern reicht.[305] Die Frage verliert freilich viel von ihrer

300 Zumal beim inländischen Gebietsschutz bedingt sich der Hersteller gern Gebietskorrekturen aus. (So etwa für den Automobilvertrieb Ziff. 3.2. des Grosshändlervertrages bei SCHENK/VÖLK 100 f. oder Ziff. 3.3. des BMW-Vertrages bei SCHMITT 380).

301 Im Rieckermann/AEG-Elotherm-Entscheid (26) redet die Kommission von einem "weiterzuleitende(n) Absatzverbot".

302 Zu den qualifizierten Absatzbindungen vorn 182 f.

303 Vergl. SANDROCK, Grundbegriffe, 505, SCHWARTZ, Kommentar, 36, SCHLUEP, AVV I, 22, RENZ 6, MÖHRING, Reimportklausel, 175, SCHULTE-MÄTER 4, STUMPF/LÖSCH 13, GRAUPNER, AVV, 52 und SPORMANN, Europäischer Alleinvertrieb, 49; aus der Kommissionspraxis die Entscheide Grosfillex/Fillistorf 381, Rieckermann/AEG-Elotherm 26 und Dalle Crode/Van Vliet 637.

304 Vergl. BELKE, Geschäftsverweigerung, 213.

305 Im *Grundig/Consten*-Fall stritt man um die Verpflichtung, "weder direkt noch indirekt andere Personen im Vertragsgebiet zu beliefern...". (GRUR Ausl. 1964, 583) Der Gerichtshof hatte – vorwiegend teleologisch argumentierend – die Formel als

(oft hochgespielten) Bedeutung, weil sich Gebietsschutzsysteme durchaus auch ohne förmliche Herstellerbindung einrichten lassen.[306]

β) *Händlerbindung*

Gebräuchlicher sind Gebietsschutzklauseln des *Abnehmers.* Je nachdem, ob er sich in seiner Abschluss- oder (auch) in seiner Inhaltsfreiheit beschränkt, geht er einfachen bzw. qualifizierten Gebietsschutz ein.

aa) *Einfache Gebietsschutzbindungen (räumliche Vertriebs- und Bezugsbindungen)*

Sie untersagen dem Händler einen Verkauf an oder einen Einkauf bei ausländischen Geschäftspartnern. Dort liegt eine räumliche Vertriebs-, hier eine räumliche Bezugsbindung vor. Dabei fällt auf, dass Hersteller sich meist mit dem Erlass räumlicher Vertriebsnormen begnügen.[307] Entsprechend der geregelten Unternehmertätigkeit und dem Stand der Warenzirkulation werden gemeinhin Export- oder Re-Export-Verbot und Import- oder Re-Import-Ver-

qualifizierte räumliche Absatzbindung gedeutet. Das Schrifttum erhob Einwände. (Vergl. HOOTZ, AVV, 2250, DERINGER, AVV, 1589, MAILÄNDER, AVV, 842; a.M. RITTNER, Vertragsrechtliche Fragen, 210). In der Tat lassen sich – wenigstens in grammatikalischer Interpretation – drei mögliche Sinngehalte ausmitteln: Verbot einer Direktbelieferung über Schleichwege (Strohmännergehilfenschaft), Verbot der Belieferung gebietsschutzbrechender Händler, qualifizierte räumliche Absatzbindung. – Vergl. auch die unklare Formulierung im Völk/Verwaecke-Entscheid 297.

306 Aufschlussreich das Urteil des BGH vom 23. September 1975 ("Eiskonfekt II"), WuW 1977, 520. In der Praxis wird herstellerischer Gebietsschutz sogar sehr selten vereinbart.

307 Dies erklärt die Tatsache, dass räumliche Vertriebs- und Bezugsbindungen korrespondieren. Sie verbieten den nämlichen Geschäftsakt, die eine dem Anbieter, die andere dem Nachfrager. Unterwirft sich auch nur ein Befehlsempfänger (Hauptfall: Vertriebsgebundener), fliesst der unerwünschte Warenstrom nicht. Eine (zusätzliche) Reglementierung des Bezuges dient bloss der Verstärkung und Absicherung.

bot auseinandergehalten.[308] Gebietsschutzklauseln können ohne territoriale Eingrenzung ergehen. Solche generelle Ausfuhr- oder Einfuhrvorschriften verbieten jeden Geschäftsverkehr über die Grenze, unbesehen der Destination der Ware.[309] [310] Die händlerischen Gebietsschutzbindungen lassen sich aber auch räumlich spezifizieren. Man gewinnt alsdann – aus der hier interessierenden EG-wirtschaftlichen Sicht – die nachstehende Gliederung:[311]

1. Verbot des Warenverkehrs mit *einzelnen EG-Staaten*[312]
   1.1 Vertriebsbindungen
   Sie können lahmlegen:

308 Im Schrifttum herrscht vielerorten Uneinigkeit über die Kennzeichnung als *Export-* resp. *Import*vorschriften. Hier wird der Blickwinkel des gebundenen Abnehmers eingenommen: Exportverbote untersagen grenzüberschreitenden Absatz, Importverbote grenzüberschreitenden Bezug. (Anders – die Produzentensicht herausstellend – MÖHRING, Reimportklausel, 175, KLAUSING 2 f., SCHWANKE 38 und LUTZ/BASSON 285) Der Zusatz *"Re-"* wird angefügt, wenn der geregelte Warenfluss (mindestens) zum zweiten Mal eine Marktgrenze passiert. Alsdann gelangt man zu den folgenden *Begriffsbestimmungen* für einfache Gebietsschutzklauseln (Länder als Markträume unterstellt):
- Importverbot: Verbot an Händler im Ausland, die Waren aus dem Herstellerland einzuführen.
- Exportverbot: Verbot an Händler im Herstellerland, die Ware auszuführen.
- Re-Import-Verbot: Verbot an (inländische und ausländische) Händler, die Waren aus anderen Staaten einzuführen.
- Re-Export-Verbot: Verbot an ausländische Händler, die Ware wieder auszuführen.

309 Dem ist allerdings beizufügen, dass meist auch generelle Gebietsschutzklauseln (vor allem) den Schutz bestimmter Vertragsgebiete im Auge haben. So erkennt jedermann, dass beispielsweise an Händler im EG-Raum gerichtete Ausfuhrverbote in erster Linie den innergemeinschaftlichen Verkehr (und nicht den nach Bali oder Botswana) brechen wollen. Sie dürfen füglich dem Verbot einer Anlieferung anderer Mitgliedstaaten zur Seite gestellt werden.

310 Vergl. die Entscheide Kodak 24, Kawasaki 9, Arthur Bell 16, Hugin/Liptons 28, Rochas 517, Bosch 106, Omega 28, Miller 40 f., Sperry Rand 42, WEA-Filipacchi 52, Philips 40, Du Pont 27, Theal/Watts 21; dazu Ziff. 5.1. Abs. III des Automobilgrosshändler-Vertrages bei SCHENK/VÖLK 102; gelegentlich wird bloss die herstellerische Zustimmung ausbedungen. (So im Gerofabriek-Entscheid 10).

311 Sie fragt vorab nach dem geschützten Vertragsgebiet und alsdann nach der gebundenen Unternehmertätigkeit, der Laufrichtung des Warenstromes und – in letzter Linie – nach dem Sitz der Parteien.

312 Bisweilen wird auch nur ein bestimmter Einzelstaat der Gemeinschaft abgeschirmt. (Vergl. z.B. AEG-Telefunken-Entscheid 39).

– Lieferung zwischen EG-Staaten
Gebunden sind Händler im Gemeinschaftsraum. Der Hersteller mag im gleichen[313] oder in einem fremden EG-Staat[314] (oder im Ausland[315]) sitzen.
– Lieferung zwischen Ausland und (einzelnen) EG-Staaten
Gebietsschutz schulden ausländische Händler einem in der Gemeinschaft oder im Ausland domizilierten Hersteller.[316]

1.2 Bezugsbindungen
Sie können verbieten:
– Bezüge aus andern EG-Staaten
Der (im gleichen[317] oder in einem andern EG-Staat oder im Ausland[318] ansässige) Hersteller verpflichtet Händler im Raum der EG.
– Bezüge aus dem Ausland
Betroffen sind Gemeinschaftshändler, gebunden durch einen Hersteller im nämlichen[319] oder in einem andern EG-Staat oder im Ausland.

313 Vergl. die Entscheide Rieckermann/AEG-Elotherm 26, Saba 24 und BMW 4.

314 Paradefall europäischen Selektiv- (und Exklusiv-)vertriebs. (Vergl. etwa die (freilich generell gehaltenen) Exportverbote in den Entscheiden Rochas 517, Bosch 106, Omega 28, Theal/Watts 21, Miller 40 f., BMW Belgium 35 f.).

315 Auch ausländische Hersteller können den EG-Markt (von innen) mittels Gebietsschutz aufzonen.(Vergl. z.B. Kawasaki 9 f.).

316 Exportverboten bezüglich ausgewählter EG-Staaten begegnet man kaum. Bei Bedarf wird ausländischen Händlern der gesamte Gemeinsame Markt gesperrt. (Vergl. hinten Ziff. 3.1.) Allenfalls liesse sich partieller Gebietsschutz für diejenigen EG-Staaten denken, in denen der Hersteller gezielt Alleinvertreter eingesetzt hat.

317 Vergl. Saba-Entscheid 24.

318 Dito Fn. 315.

319 Beispiel: Saba-Entscheid 22.

2. Verbot des Warenverkehrs mit *Drittstaaten*

2.1 Vertriebsbindungen

Sie können unterbinden:

– Lieferung zwischen (bestimmten) ausländischen Staaten[320]

– Lieferungen zwischen EG-Staat und Ausland
Das Verbot ergeht an einen Händler im EG-Gebiet, auferlegt durch einen Hersteller im selben[321] oder in einem fremden[322] EG- oder in einem Drittstaat.

2.2 Bezugsbindungen

Sie können abschnüren:

– Bezüge aus (andern) ausländischen Staaten[323]

– Bezüge aus dem EG-Gebiet
Ausländische Händler werden verpflichtet durch im Gemeinsamen Markt oder im Ausland beheimatete Produzenten.

3. Verbot des Warenverkehrs mit dem *gesamten EG-Raum*

3.1 Vertriebsbindungen

Sie sind ausländischen Händlern (vom Hersteller in einem EG-[324] oder einem Auslandstaat) überbunden.

3.2 Bezugsbindungen

Sie verpflichten (sämtliche) EG-Händler[325]; der Hersteller mag Domizil in der Gemeinschaft oder in Drittstaaten haben.

320 Der Sachverhalt interessiert hier nicht. (Vergl. immerhin das (generelle) Exportverbot im Grosfillex/Fillistorf-Entscheid 381).

321 Vergl. die Entscheide Goodyear/Euram 10 und (mit speziellem Sachverhalt) Rieckermann/AEG-Elotherm 26.

322 So in den Entscheiden Saba 22, Kodak 25, Völk/Verwaecke 297 f., Junghans 12, Omega 25.

323 Vergl. Saba-Entscheid 22.

324 So (im Ergebnis) Grosfillex/Fillistorf 381.

325 Für die gebundenen Händler besteht kein Unterschied zu dem sub. Ziff. 1.2. aufgeführten Verbot eines Bezugs aus dem Ausland.

4. Verbot des Warenverkehrs *innerhalb eines EG-Staates*
Solche (regionale) Gebietsschutzklauseln ordnen den Binnenhandel. Sie untersagen einen Warenaustausch über die Grenzen inländischer (Teil-) Absatzzonen hinweg.[326] Schuldner ist der Händler im betreffenden Nationalstaat. Ihm können (von Herstellern im nämlichen oder im anderen EG-Staat oder im Drittstaat) Vertriebs- und (oder) Bezugsbindungen auferlegt sein.

ββ) *Qualifizierte Gebietsschutzbindungen (qualifizierte räumliche Vertriebsbindungen)*

Sie richten ein Gebietsschutzsystem über mehrere Marktstufen ein. Der Kontrahent des Herstellers verpflichtet sich, seine eigenen Abnehmer räumliche Vertriebs- oder Bezugsklauseln eingehen zu lassen.[326a] Es handelt sich um eine *durchlaufende räumliche Vertriebsbindung.*[326b]

bb) Positive und negative Gebietsschutzbindung

Räumliche Abreden sind allermeist in die Formel einer negativen Vertriebs- oder Bezugsbindung gekleidet. Ausgesteckt wird der Kreis der zu meidenden Nachfrager oder Anbieter.[327]

326 Vergl. auch SCHWANKE 171. Die innerstaatlichen räumlichen Bindungen sind in Europa selten anzutreffen. (Gl.M. SCHWARTZ, Kommentar, 55) Man kennt sie etwa vom Automobilvertrieb her. (Vergl. SCHMITT 158 f., HAGENAUER 124) – Anders in den USA, wo die regionale Abschottung – des grösseren nationalen Marktes wegen - gängig ist. (Vergl. – mit Überblick über die leading cases – NEALE 219 f.).

326a EHLERS (424) spricht von "verlängerten Export- und Re-Importverbote(n)". – Vergl. auch GLEISS, Urteile, 170 und KLAUSING 3.

326b Zum Begriff der "durchlaufenden Vertriebsbindung" vorn 201.

327 Positiv ist die Klausel etwa gehalten, wenn Exportverbote in der harmlos anmutenden Weisung versteckt sind, alleinig das Vertragsgebiet zu bearbeiten.

c) Ziele

Gebietsschutz unterteilt den Gesamtabsatzmarkt des Herstellers in räumliche Absatzsegmente. Er errichtet künstliche Marktgrenzen, die zu übertreten fremden Händlern untersagt ist. Erstrebt wird eine planmässige *Abschottung regionaler Teilmärkte.* Die vertriebspolitischen *Motive* sind unterschiedlich:

So mag Gebietsschutz einmal verordnet werden, um den verschlossenen Absatzraum dem Hersteller selbst zur alleinigen Versorgung offenzuhalten.[328] Nämliches gilt, wenn die gesperrten Reviere anderen Händlern zugewiesen sind. Man kennt das Beispiel: Der Hersteller zont seinen Absatzmarkt in Alleinvertriebsgebiete auf. Um den Exklusivvertretern nicht bloss ausschliesslichen Direktbezug, sondern ausschliesslichen Vertrieb zu gewährleisten, schützt er sie vor fremden Übergrenzlieferungen.[329]

Undurchlässige Marktgrenzen sind ebenfalls erforderlich, wenn der Produzent auf den einzelnen Vertriebsmärkten (auf unterschiedlichem Niveau) Preisbindungssysteme eingerichtet hat. Gebietsschutz hilft für diesen Fall, das erstrebte Preisgefälle zu zementieren. Er verhindert, dass Händler aus Niedrigpreis- in Hochpreisländern als Unterbieter auftreten und Unruhe im Preisgefüge stiften.[330] Gleiches beabsichtigen Klauseln, die für Fremdgebietslieferungen die Beachtung nationaler Preisbindungen fordern.[331]

328 Ähnlich SANDROCK, Grundbegriffe, 503. Zumal der einheimische Markt wird gern vom Hersteller in eigener Regie betreut.

329 Vergl. MÜLLER-FEMBECK 7, EHLERS 425, MÖHRING, Reimportklausel, 175. – Zur Frage der Wirksamkeit gebietsschutzlosen Alleinvertriebs hinten Bd. 2, 277 f.

330 Vergl. die Entscheide Agfa-Gevaert 67 f., WEA-Filipacchi 52 und Pittsburgh Corning Europe 35 f.; aus dem Schrifttum MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 584 f., SCHWANKE 41, MÜLLER-FEMBECK 7 f., KLAUSING 4 f. und EHLERS 425. – Nach dem europaweiten Fall der Preisbindung trat dieses Gebietsschutzmotiv freilich in den Hintergrund.

331 Vergl. Junghans-Entscheid 12, Saba-Entscheid 24 sowie KLAUSING 3. Gelegentlich stösst man auf entsprechende qualifizierte Vertriebsbindungen.

Weiter greift zum Gebietsschutz, wer ein besonders geartetes inländisches Vertriebsbindungssystem abschirmen will.[332] (Beispiel: national differenzierter Selektivvertrieb)[333] Freilich ist heute die Tendenz unverkennbar, die einzelstaatlichen Absatzsysteme einander anzugleichen. Solcher europaweiter Selektivvertrieb erübrigt Gebietsschutz. Als Zweck räumlicher Bindungen werden endlich unterschiedliche öffentlich-rechtliche, zumal polizeiliche Normen[334] sowie die Berücksichtigung regionaler Geschmacksdifferenzierung[335] unterstellt.

d) Surrogate und verwandte Bindungen

Gerade seitdem förmlicher Gebietsschutz EWG-kartellrechtlich mit per-se-ähnlichem Bann belegt wurde, interessieren Vereinbarungen, die gleichwertige oder ähnliche Erfolge zeitigen.[336] Im einzelnen können auf Marktabschottung hinzielen:

– Warenzeichenrechtliche Absprachen
  Dass markenrechtliche Bindungen Parallelimporte abzuwürgen vermögen, hat namentlich der *Grundig/Consten*-Fall offenbart. Der Sachverhalt ist (noch immer) exemplarisch: Ein Hersteller überlässt das Warenzeichen in jedem Absatzsegment dem zuständigen Alleinvertreter. Es wird auf dessen Namen im nationalen Register (treuhänderisch) eingetragen.[337]

332 Vergl. KLAUSING 5. Auch hier kann an die Stelle strikter Verbote eine Order zur Einhaltung der innerstaatlichen Absatzregeln treten. (KLAUSING 3).

333 Beispiel: Der Hersteller erlässt für einen Teilmarkt besonders rigorose quantitative Selektionsvorschriften.

334 Technische Ausrüstungsvorschriften, lebens- oder arzneimittelrechtliche Normen usw. (AEG-Telefunken-Entscheid 31, EHLERS 425, MÖHRING, Reimportklausel, 177).

335 EHLERS (425) erwähnt das "Nescafé-Problem": Teilmarktabschliessung wird damit begründet, dass Konsumenten in romanischen Gegenden sich stärker gebrannten Kaffee wünschen als beispielsweise deutsche.

336 Zur Frage, wieweit sie den expliziten räumlichen Bindungen zur Seite zu stellen sind, hinten Bd. 2, 159 f.

337 Nach Vertragsschluss besteht Rückübertragungspflicht.

Strömen nunmehr unerwünschte Waren ein, macht der Alleinvertreter eine Markenrechtsverletzung[338] durch den nicht autorisierten Importeur geltend.[339] [340]

– Preismanipulationen
Auch Preisstellungsvorschriften des Herstellers können gebietsschützerische Züge tragen. Sie bezwecken, dem Händler Übergrenzlieferungen unattraktiv zu gestalten.[341]

– Ausgleichszahlungen
Zuweilen wird vereinbart, dass der in Fremdgebiet verkaufende Händler dem einheimischen[342] Ausgleichszahlungen für das entglittene Geschäft leisten müsse *(profit pass over clause).*[343] Damit soll der Mitteleinsatz für nicht selber veräusserte Waren abgegolten werden.[344] Wie starre Marktgren-

338 Meist gekoppelt mit einem Lauterkeitsdelikt.

339 Neben dem Grundig/Consten-Fall konsultiere man auch die Entscheide Theal/Watts 20 und Nicholas/Vitapro 25.

340 Wie der Nicholas/Vitapro-Entscheid (25) aufzeigt, lassen sich sowohl händlerischer wie herstellerischer Gebietsschutz markenrechtlich untermauern.

341 Die Weisungen sind unterschiedlich: Zunächst ist an die Vorschrift zu erinnern, bei (zulässigen) Exporten die nationalen Preisbindungen einzuhalten. (Vergl. vorn 221). Gleiche Wirkungen entfalten ausgeklügelte Zahlungsortsbestimmungen. (Anschaulich Kodak-Entscheid 24 f.) Endlich werden auch nach räumlicher Destination gestaffelte Rabattsätze angewandt. (Vergl. Pittsburg Corning Europe-Entscheid 36 und Distillers-Entscheid 18 f.).

342 Sie sind gelegentlich auch dem Hersteller geschuldet, den dann eine Abführpflicht trifft. (Vergl. HAGENAUER 125, BUDCZIES 15).

343 Der Betrag kann fest oder prozentual zur Verkaufssumme bestimmt sein. (So – mit weiteren vertraglichen Modalitäten – STUMPF 47) Praktiziert wird auch die Abschöpfung des ganzen Reingewinns als Konventionalstrafe, unter Vorbehalt der übrigen vertragsrechtlichen Ansprüche. (Exemplarisch § 4 Ziff. 6 des Vertragsmusters der HkDS bei MAIER/MEYER-MARSILIUS 49; dazu ferner STUMPF, Vertragshändlervertrag, 60).

344 Vor allem Werbeauslagen und Kundendienstaufwand. (Vergl. VON BRUNN 81, KLEEMANN, Ausschliesslichkeitsverträge, 1634 und SCHMITT 166).

345 So eine geläufige Bezeichnung. (HAGENAUER 125, SCHMITT 159, 166 und BUDCZIES 15).

zen solche "Übergrenzprovisionen"[345] aufzurichten vermögen, hängt augenfällig von ihrer Höhe ab.[346]

– Persönliche Vertriebsbindungen
Vertriebsbindungen können formell als persönliche ausgestaltet sein, im Reflex aber räumlichen gleichstehen. In erster Linie ist an (generelle) Querlieferverbote zu erinnern[347], die ja auch (und insbesondere) grenzüberschreitende Kollegenlieferungen unterbinden.[348] Zumal auf der Einzelhandelsstufe verordnet, richten sie künstliche Marktbarrieren auf.[349] Klaren Gebietsschutzcharakter trägt ebenfalls eine am räumlichen Vertriebsverhalten auszurichtende Selektion.[350]

– Kundendienstpolitische Vorschriften
Auch Kundenbetreuungsklauseln lassen sich zur Marktabschottung einspannen. Man denke etwa an das Verbot, für eingeführte oder ausserhalb des Vertragsgebiets erworbene Waren Kundendienste zu leisten.[351]

346 Darüber eingehend hinten Bd. 2, 160. – Ausgleichszahlungen als Gebietsschutzersatz erwähnen SCHLUEP, AVV I, 175, ULMER, Vertragshändler, 195, ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 185, SCHRÖTER 111, SPORMANN, Konturen, 134, ders., Europäischer Alleinvertrieb, 50 f., MARKERT, Anwendung, 363, STUMPF/LÖSCH 21; vergl. ferner die amerikanischen Fälle White Motor und Schwinn (NEALE 221 f.).

347 Sowie (positive) Längsliefergebote, insb. die Direktlieferpflicht (Vergl. vorn 195).

348 Für Gebietsschutzwirkungen auch STUMPF/LÖSCH 21, ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 183 f., SCHLUEP, AVV II, 280, SPORMANN, Europäischer Alleinvertrieb, 50 sowie die Kommission im 1. Wettbewerbsbericht 71 und im Philips-Entscheid 41.

349 Einzelhändler bedienen – des hohen Transportkostenanteils wegen – nämlich selten Endverbraucher im Ausland. Dagegen unterbinden Querlieferverbote auf der Grossistenstufe keine Einzelhandelslieferungen in Fremdgebiete.

350 Dem Händler wird verboten, an Abnehmer zu verkaufen, die ihrerseits ausserhalb der zugewiesenen Vertragszonen absetzen. (Vergl. STUMPF 47 f.).

351 Vergl. REINHART, Vertikale Verträge, 192, SCHLUEP, AVV II, 280, STUMPF/LÖSCH 21 f., ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 186, SPORMANN, Entwicklung, 441, ders., Europäischer Alleinvertrieb, 53 sowie die Entscheide Constructa 41 und Zanussi 37. – Die gleichen Wirkungen entfacht ein Verbot von Garantieleistungen für abgeänderte Waren. (Vergl. z.B. Zanussi-Entscheid 37) Es ent-

– Anderweitiger Ersatz

Abschirmung von Vertragsrevieren erstreben (hohe)[352] Mindestabnahmevorschriften, bei deren Bemessung der Hersteller Fremdgebietsverkäufe nicht mitzählt.[353] Übergrenzlieferungen werden zudem erschwert durch Verbote eines Wiederverkaufs vor Import oder einer Ausfuhr unter Zollverschluss.[354] Ferner sind Gebietsschutzeffekte anzuführen, die nicht auf Parteiabrede, sondern auf einzelstaatlicher Privatrechtsnorm fussen. So gestattet die *"opposabilité aux tiers"* des französischen Rechts, Dritten lauterkeitsrechtlich Alleinvertriebsklauseln entgegenzuhalten, gleichviel, ob er sich die Ware durch Vertragsbruch oder durch dessen Ausnutzung verschafft hat.[355]

12. Warenzeichenbindungen

Sie können (mit unterschiedlichem Weisungsinhalt) Hersteller oder Händler verpflichten. Jener sagt zu, den Gebrauch seiner Marke durch den Händler hinzunehmen oder sie ihm (zur Registrierung im eigenen Namen) gar treuhänderisch zu überlassen.[356]

zieht der unentgeltlichen Produktebetreuung Geräte, die in Parallelkanälen eingeführt und vom Importeur den nationalen Sicherheitsvorschriften angepasst worden sind.

352 D.h. die Händlerkapazitäten auslastende. (Vergl. vorn 191).

353 Das Konzept wird namentlich in den USA praktiziert. (Vergl. BECKER, Vertical Agreements, 103 und SCHMITT 117 f.).

354 Vergl. BELLAMY/CHILD 187 f.; zur Illustration Teacher 21, Arthur Bell 16 und Distillers 21.

355 Vergl. das Urteil Béguelin/Marbach 957 f.; dazu SPORMANN, Entwicklung, 411 und MARKERT, Béguelin/Marbach 168 f.; zur opposabilité aux tiers (statt aller) KRASSER R., Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Band IV, Frankreich, München/Köln 1967, 520 f.

356 SCHLUEP, AVV I, 22, SCHULTE-MÄTER 5; vergl. überdies die Entscheide Omega 22 und Grundig/Consten 328. – Regelmässig dürfte dem Gebrauch eines (zusätzlichen) Händlerzeichens nichts entgegenstehen, soweit es nicht die Herstellermarke übertüncht oder verdrängt. (Vergl. STUMPF 35).

Diesem mag eine bestimmte Verwendung vorgeschrieben oder untersagt sein.[357] [358]

13. Preisbindungen

Preisbindungen sind "Abreden zwischen Lieferanten und ihren Abnehmern, wonach *bei der Weiterveräusserung von Waren bestimmte Preise oder Verkaufsbedingungen einzuhalten sind*".[359] Man begegnet ihnen im Selektivvertrieb – namentlich infolge der verschärften Kartellgesetzvorschriften – nur noch vereinzelt. Ihres (absatzwirtschaftlich wie wettbewerbspolitisch) eigenständigen Charakters wegen sind sie hier nicht weiter auseinanderzusetzen.[360]

14. Ordentliche vertragsrechtliche Klauseln

Als vollwertiges Synallagma, insb. als Dauerschuldverhältnis, enthält der Händlerkontrakt auch "traditionelle" vertragsrechtliche Bestimmungen. Sie interessieren nur am Rande. Erwähnt seien lediglich solche über *Vertragsdauer* und *Auflösungsmodalitäten.*

Obwohl auf beständigen Leistungsaustausch angelegt, werden die Verträge meist befristet abgeschlossen. Sie verlängern sich nach

357 Der Hersteller kann Benutzungszwang (mit Entzugsvorbehalt) vorschreiben (vergl. Ziff. 6.4. des BMW-Vertrages bei SCHMITT 383), den Kennzeichenwortlaut des nähern bestimmen oder die vom Markierungsrecht abgedeckten Geschäftsvorkommnisse ausgrenzen. (Vergl. § 9 des Pfaff-Händlervertrages bei SCHENK/VÖLK 96).

358 Der Vollständigkeit zuliebe sei auf die Pflicht des Händlers zu Information und Kooperation bei Warenzeichenverletzungen hingewiesen.

359 So Art. 2 Abs. 2 KG. Zum Begriff der Preisbindung vergl. etwa MELLEROWICZ, Markenartikel, 127 f., HAX, Preisbindung, 1642, TSCHUMI 12 f., MATTMANN 25 f., MATILE 220 f., HILL, Band 2, 135, BIDLINGMAIER, Marketing, Band 2, 316 f. sowie die Standardwerke von OTT A.E., Vertikale Preisbildung und Preisbindung, Göttingen 1966 und RÖPER B., Die vertikale Preisbindung bei Markenartikeln, Tübingen 1955.

360 Vergl. immerhin die Ausführungen im marketing-politischen Teil vorn 128 f.

Ablauf – mangels Widerspruch eines Kontrahenten – jeweils um eine neue (z.B. einjährige) Periode. Gelegentlich wird auch unbefristet kontrahiert. Sofortige Auflösung findet bei schwerwiegenden Vertragsverstössen oder tiefgreifenden Wandlungen in den händlerischen Geschäftsverhältnissen statt.[361]

Die verzweigten Kooperationsbeziehungen erheischen auch Rückabwicklungs- und Liquidationsregeln. Man kennt etwa das Recht und (oder) die Pflicht des Herstellers zum Aufkauf des verbleibenden Waren- und Ersatzteillagers des Händlers.[362] Dieser ist im gleichen Zuge zur Rückerstattung von Werbe- und Informationsmaterial gehalten. Selbstredend erlöschen auch dessen Warenzeichenbenutzungsrechte.[363]

361 Näheres zu diesen Vertragsdauer- und Kündigungsbestimmungen bei BUDCZIES 39 f., ULMER, Vertragshändler, 126, MAIER/MEYER-MARSILIUS 59 f., MAIER, AVV, 73 f., STUMPF 79 und ders., Vertragshändlervertrag, 106 f. – Man erinnere sich daran, dass die kurzen Erneuerungs- resp. Kündigungsfristen nicht selten als Druckmittel für wohlgefälliges Händlerverhalten missbraucht werden. (Vergl. vorn 161).

362 Bisweilen durch Preisbestimmungen konkretisiert. Vergl. WEIL 296, ULMER, Stellung, 84 f., BUDCZIES 44 f., STUMPF 83 f. resp. 93, ders., Vertragshändlervertrag, 120 f. sowie die (besonders ausgeklügelte) Regelung in Ziff. 19.2. des BMW-Vertrages (bei SCHMITT 387) und in § 13 des HkDS-Mustervertrages (bei MAIER/MEYER-MARSILIUS 60 f.).

363 Beispielhaft § 16 Abs. 1 und Abs. 4 des Pfaff-Händlervertrages (bei SCHENK/VÖLK 97).

§ 2 Seinstypen des selektiven Vertriebs

I. Modelle selektiver Vertriebssysteme

Je nach der Anzahl der Marktstufen, über die sich eine Selektionspolitik fortpflanzt, lassen sich unterscheiden:[1]

1. Einstufiger selektiver Vertrieb

Der Hersteller bedient unmittelbar die Einzelhändler, unter denen er seine Auslese vornimmt. Vertikal liegt schlichte Selbstbeschränkung vor. Vertraglich kann der Warenfluss im einstufigen selektiven Vertrieb durch Quer- und Rücklieferungsvorschriften der Abnehmer (kein Verkauf an Netzfremde) abgesichert werden.[2] Man begegnet ihm in der Praxis selten, allenfalls im Inlandabsatz.[3]

2. Zweistufiger selektiver Vertrieb

Der weit bedeutungsvollere zweistufige selektive Vertrieb tritt in zwei Verkehrstypen auf:

A. Ohne Exklusivverkehr mit der ersten Stufe
Der Hersteller versorgt mehrere Grosshändler eines Gebietes, denen er ausgewählte Einzelhändler zu beliefern aufträgt. Dies ist namentlich in inländischen Distributionssystemen geläufig.[4]

1 Zwischen ein- und zweistufigem selektivem Vertrieb unterschieden auch SEEBAUER 122, GRAUEL 482 f., RITTNER, Beschränkung des Kundenkreises, 198 f. und (mit teilweise unzutreffenden Belegen aus der EG-Praxis) SCHRICKER 528; vergl. auch LEHMPFUHL (Verträge, 628 f.), mit anderer Terminologie ("Selektive Vertriebssysteme", "selektive Vertriebsbindungssysteme").

2 Systemgerecht erschienen ebenfalls entsprechende persönliche Absatzbindungen.

3 Vergl. das Beispiel bei NIENS 81 oder im Gerofabriek-Entscheid 8. Hier kann der Hersteller marktkundige (weitere) Zwischenhändler entbehren.

4 Vergl. BMW-Entscheid 1, Saba-Entscheid 20 und Junghans-Entscheid 11.

B. Mit Exklusivverkehr mit der ersten Stufe

Er stellt das *Paradebeispiel*[5] *eines selektiven Exportmarktvertriebs* dar. Der Produzent überantwortet seinen Alleinvertretern die Einrichtung eines selektiven Vertriebsnetzes auf der Einzelhandelsstufe.[6] Nicht selten integriert er vorwärts und setzt konzerneigene Töchter an der Exklusivhändler Stelle.[7]

Die gewünschte Laufrichtung des Güterstromes kann wie folgt vertraglich gefestigt werden:

– Im Verhältnis Hersteller – 1. Handelsstufe:
Typus A lässt den Produzenten regelmässig bindungsfrei.[8] Dem Grosshändler mögen Querliefervorschriften auferlegt sein.[9] Beim Typus B geht der Hersteller eine Alleinvertriebsklausel ein. Den Exklusivvertretern werden Kollegenlieferungen aber meistenteils offen gehalten.[10]

– Im Verhältnis 1. – 2. Handelsstufe:
Die Beziehungen sind (in beiden Typen) geprägt von Vertriebsbindungen, zumal von den an Grosshandel oder Alleinvertreter adressierten Längslieferanordnungen.[11] Vervollkommnet wird das System durch Querverkaufsweisungen an

5 Vergl. BAROUNOS/HALL/JAMES 55, die die Exklusivabsprache auf der ersten Stufe offensichtlich dem Begriff des selektiven Vertriebs einverleiben; ähnlich auch VON DER GROEBEN, Handbuch, 107.

6 So die Vertriebssysteme in den Entscheiden Omega 22 f., Saba 20, Dior/Lancôme 71, Junghans 11, Gerofabriek 8.

7 Vergl. Kodak 24, Philips 40, Kawasaki 9, Zanussi 36, Hugin/Liptons 24, Sperry-Rand 41 und Gerofabriek 8.

8 Vorstellbar, aber seltenst praktiziert, sind persönliche Absatzbindungen. (Vergl. vorn 171 f.).

9 Verbot netzexterner Lieferungen.

10 Dem Alleinvertreter Verkäufe an andere Alleinvertreter des Herstellers zu versagen, läuft auf Gebietsschutz hinaus.

11 Vergl. zu den einzelnen Vertriebsbindungsformen vorn 194 f.

sämtliche Abnehmer des Inhalts, die Ware nur innerhalb der autorisierten Händlergruppen kreisen zu lassen.[12]

3. Dreistufiger selektiver Vertrieb

Er weicht vom zweistufigen ab durch Eingliederung einer weiteren Zwischenhandelsstufe im Fremdmarkt. So mag sich der Grosshandel zwischen Alleinvertreter und Detaillisten einreihen. Der Typus ist selten; sein Vertragsnetz wird in der geschilderten Weise geknüpft.

II. Seinstypische Vertragsklauseln

Die Rechtstatsachen haben Umfang und Vielfalt der Vertragsinhalte offenbart. So wartet nunmehr die Frage, "welches *die vom Seinstypus her essentiellen Elemente* sind".[12a] Ihre Beantwortung fällt – gerade der weitverzweigten Vertragswerke[13] wegen – nicht leicht. Den absatzwirtschaftlichen Grundpositionen wird am ehesten gerecht, wer *drei Gruppen* von Vertragsklauseln auseinander hält:

- Solche, die zur Errichtung des selektiven Vertriebssystems unentbehrlich sind (seinstypischer Kern).
- Solche, die mit dessen Absatzphilosophie in unmittelbarem Konnex stehen (seinstypischer Hof).[14]

12 Den Vertriebsbindungen entsprächen auf der Nachfrageseite inhaltsgleiche (persönliche) Bezugsbindungen. Auch sie unterbleiben freilich der Regel nach. (Vergl. vorn 186 f.).

12a So die Fragestellung (in Zusammenhang mit dem Alleinvertriebsvertrag) bei SCHLUEP, AVV I, 23.

13 Ausführlich darüber – mit aufschlussreicher Begründung – ULMER, Vertragshändler, 132 f. Der Autor verzichtet in der Folge auf eine fest umrissene Bestimmung des seinstypischen Inhalts des Vertragshändlervertrages.

14 Vergl. zur Vokabel des "Begriffshofs" (statt vieler) ZIPPELIUS R., Einführung in die Juristische Methodenlehre, München 1974, 52.

– Solche, die nicht wesenseigene (oder gar wesensfremde) Züge aufweisen.

Die Vertriebsbeteiligten setzen Güter um, Ware gegen Geld. Zum *seinstypischen Kern* gehört deshalb ein kaufvertraglicher Rahmen.[15] Die Eigenart des Selektivvertriebs ist damit freilich in keiner Weise erfasst.[16] Sein Gepräge erhält er durch ein Gewebe von (insb. persönlichen marktstufenindifferenten) Vertriebsbindungen.[17] Sie sorgen erst dafür, dass sich die herstellerische Selektionspolitik auf allen Stufen im Vertriebsweg breitmacht. Gefestigt wird eine an (qualitativen) Vertriebseigenschaften der Händler ausgerichtete Selektion, frei von (unnötigen) Gebiets- oder Marktstufenbarrieren. Das richtig verstandene "Motto" des Selektivvertriebs lautet demnach: Jeder darf jeden beliefern, jeder darf bei jedem sich eindecken, sofern die Geschäftspartner nur dem autorisierten Distributionsnetz zugehören.[18] Im seinstypischen Kern einzuordnen sind endlich (die wegleitende allgemeine Interessenwahrnehmungspflicht konkretisierende) marketing-politische Bindungen.[19] Dies aus zwei Gründen: Vorschriften bezüglich Sortiment, Lagerhaltung, Kundendienst usw. stellen einmal das "Entgelt" dar, das der Händler für die Absatzstellenbeschränkung und für seine Aufnahme ins Vertriebsnetz zahlt.[20] Sie sind geradewegs

15 Genauer liegt ein Sukzessivlieferkauf vor, bei dem es den generellen Rahmenvertrag *("skeleton contract")* und den Einzelkaufakt auseinanderzuhalten gilt. (So mit besonderem Nachdruck GRAUPNER, AVV, 51).

16 Ebenso für den Alleinvertriebsvertrag SCHLUEP, AVV I, 23, BENEDICT 18, WYNIGER 7 f.; vergl. ferner auch MAIER, AVV, 1 und MAIER/MEYER-MARSILIUS 4.

17 Vergl. SCHLUEP, Innominatverträge, 76.

18 Dass persönliche Vertriebsbindungen zu den Essentialia zählen, deuten auch die Begriffsumschreibungen des selektiven Vertriebs bei SCHMITT, Schwerpunkte, 101, BELLAMY/CHILD 194, VON DER GROEBEN, Handbuch, 107, HEFERMEHL 275 und BAROUNOS/HALL/JAMES 55, an.

19 Von diesen seinstypischen Interessenwahrnehmungs- und Absatzförderungspflichten sind – wie SCHLUEP (AVV I, 24) mit Recht herausstellt – solche abzusondern, die Wiederverkäufer ex professo wahrnehmen.

20 Dies wird besonders augenfällig, wo marketing-politische Bindungen mit Alleinvertriebsrechten abgegolten werden.

Ausfluss des geforderten fachlichen Standards. Zum andern stehen sie – wie bereits geschildert[21] – in unmittelbarer Kopplung mit den qualitativ ausgerichteten Vertriebsbindungen: Eigenschaften, die den Eingliederungsentscheid bestimmen, sollen auch fürderhin geschuldet sein.[22] Hievon muss allerdings das absatzwirtschaftlich eigenständige Akquisitionsverbot ausgenommen werden.[23]

Im *seinstypischen Hof* findet man Klauseln vor, die die gewünschte Distributionsverfassung von der Angebots- oder Nachfrageseite her ergänzen. Gemeint sind hier die persönlichen Absatzbindungen, dort die (persönlichen) Bezugsbindungen betreffend Vertragswaren. In einem andern Sinne komplettieren die qualifizierten Vertriebsbindungen die Netzordnung. Des weitern sind die Kooperations- und Informationsabmachungen an dieser Stelle einzureihen. Schliesslich darf dem seinstypischen Hof auch die (einfache) Alleinvertriebsklausel zugezählt werden. Wie eben referiert, ist sie – zwischen Hersteller und dessen ersten Abnehmern – vorab gebräuchlich im selektiven Exportvertrieb.[24]

Somit bleiben die *atypischen Klauseln* auszusondern. Sie sind in zahllosen Händlerverträgen eingebaut, und man unterlegt ihnen – zu Unrecht – distributionspolitische Maximen des Selektionsvertriebs. Hierher gehören einmal Bezugsbindungen für Fremdwaren. Wohl wird gelegentlich behauptet, sie bildeten das händlerische Leistungspendant zur Absatzbeschränkung des Produzen-

21 Vergl. vorn 150 f.

22 Für Typizität auch ULMER, Vertragshändler, 136 sowie (bezüglich Alleinvertriebsvertrag) GRAUPNER, AVV, 51 und SCHLUEP, AVV I, 24; vergl. auch ders., Innominatverträge, 76; dagegen offenbar die Kommission im 5. Wettbewerbsbericht 25.

23 A.M. GIDE/LOYRETTE/NOUEL 36. – Nämliches betrifft die als "weitere Bindungen" abgehandelten Händlerpflichten (vorn 210), zumal solche bezüglich Investition, Finanzierung und Betriebskapital.

24 Hier liegt auch die Antwort auf die noch mancherorts (vergl. z.B. GRAUEL 487 und KNOLL, BMW, 155) als ungeklärt empfundene Frage nach dem *Verhältnis zwischen Alleinvertriebsklausel und selektivem Vertrieb*. Erstere ist in exportorientierten selektiven Vertriebssystemen gängiger Vertragsbestandteil in den Beziehungen zwischen Hersteller und erster Handelsstufe, mithin Ausdruck besonderer Selektivität in dieser ersten Etappe des Warenflusses.

ten.[25] Der Bogen spiegelbildlichen Treueverhaltens darf hingegen nicht überspannt werden. Der wirtschaftliche Reziprozitätsgedanke mag im Alleinvertriebsvertrag treffen,[26] nicht aber im Selektivvertrieb, der den Händlern "nur" das Privileg der Netzzugehörigkeit, nicht aber ein regionales Bezugsmonopol verschafft. Hier reissen die Fäden zwingender funktionaler Verkettung.[27] Gleiches muss für die Mindestabnahmen gelten. Auch für sie schlägt das Argument der Verkaufsförderung als Honorierung von Bezugsvorrechten nicht überzeugend durch. Ebensowenig reicht der Hinweis auf die (unbestrittenen) Rationalisierungseffekte hin, um Abnahmequoten dem Seinsgehalt zuzuordnen.[28] Ausserhalb dieses Seinsgehalts stehen fraglos auch bestimmte Warenzeichenbindungen und Konkurrenzverbote. Wesensfremdes bezweckt der Hersteller, der Preisbindungen oder Gebietsschutz[29] anordnet. An dieser Stelle wird der Boden blosser Qualitäts- oder Goodwill-Pflege endgültig verlassen.[30]

25 So ein Teil des Schrifttums, der diese Bindungen dem Seinstypus des Alleinvertriebsvertrages zuordnet. (Vergl. z.B. GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 121, STUMPF/LÖSCH 13, SCHULTE-MÄTER 3, SCHWARTZ, Kommentar, 36, FULDA 305, ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 175, HONIG/BRAUN/GLEISS/HIRSCH 17, GIDE/LOYRETTE/NOUEL 30; für den Vertragshandel ULMER, Vertragshändler, 136).

26 Vertreten bei SCHLUEP, AVV I, 24.

27 A.M. wohl ULMER, Vertragshändler, 136 f.

28 Zur Gegenmeinung ULMER, Vertragshändler, 136.

29 Schlecht versteht man deshalb Autoren, die selbst Gebietsschutz zu Essentialia des Alleinvertriebsvertrags machen wollen. (So etwa GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 121, GIDE/LOYRETTE/NOUEL 30 oder HONIG/BRAUN/GLEISS/HIRSCH 17).

30 Im Fazit fällt auf, erstaunt aber nicht, dass – ausserhalb des kaufvertraglichen Rahmens – im seinstypischen Kern nur der Händler gebunden ist.

§ 3 Zivilrechtliche Probleme[1]

Unerschöpflich ist der Vorrat an privatrechtlichen Fragen, die sich in Zusammenhang mit Händlerbeschränkung und Selektivvertrieb stellen. Sie gehören in einzelnen spezialrechtlichen Abhandlungen erörtert. Da in zivilrechtlichen Belangen noch immer die nationalen Zivilgesetzgeber zuständig sind, können die Ergebnisse – trotz vom Wirtschaftssachverhalt her deckungsgleichen Fragestellungen – auseinanderklaffen.[1a] Zweierlei nur interessiert im Kontext: Die Rechtsnatur solcher Vertragshändlerverträge sowie eine Übersicht über den privatrechtlichen Problemkatalog.

I. Die Rechtsnatur der Vertragshandelsverträge

Der Vertragshändlervertrag wird in den nationalen Schuldrechtskodifikationen nirgendwo geregelt. Er kann somit nicht Nominatkontrakt sein. Gleichwohl hindert nichts dessen Zulässigkeit, steht den Parteien doch kraft Vertragsfreiheit (insb. Typenfreiheit) in den Schranken der Rechtsordnung[2] auf einen beliebigen Inhalt zu kontrahieren offen. Hat man den Händlerkontrakt grundsätzlich als *Innominatvertrag* erkannt, bleibt ungewiss, ob ein gemischter Vertrag oder ein solcher eigener Art (sui iuris/generis) vorliege.[3]

1 Was folgt, betrifft vorab Schweizer Recht.

1a Vergl. etwa die mit vielen Fundstellen versehene rechtsvergleichende Umschau (anhand des Alleinvertriebsvertrages) bei SCHLUEP, AVV I, 32 f.

2 Art. 20 OR (Unmöglichkeit, Widerrechtlichkeit, Sittenverstoss).

3 Vergl. zum Begriffspaar "gemischter Vertrag"/"Vertrag sui generis" BECKER, Kommentar, 85 f., GUHL/MERZ/KUMMER 289 f., MEIER-HAYOZ, SJK 1134/1135, WYNIGER 3, SCHLUEP, Innominatverträge, 8 f. (mit Hinweisen auf Kritiker), ders., AVV I, 19 (mit eigener Kritik); vergl. im Zusammenhang auch SCHNEEBERGER 24.

Bekanntlich sind *gemischte Verträge* "selbständige Verträge, in denen Tatbestandselemente verschiedener Vertragstypen..... miteinander kombiniert werden."[4] Jedermann erkennt, dass der Händlervertrag fürs erste hier zu lozieren ist.[5] Wie SCHLUEP[6] heraushebt, rechtfertigt eine solche Zuordnung bereits der Einbau von (insb. händlerischen) Tätigkeitspflichten in den kaufvertraglichen Rahmen. Gerade die marketingpolitischen Klauseln und andere Abreden der Absatzbegünstigung und Marktpflege lassen ein von Kaufvertrag abgehobenes Element dazutreten. Letzte Zweifel dürften ausgeräumt sein, wenn man sich auf die den Güterstrom lenkenden Absatz-, Bezugs- und Vertriebsbindungen besinnt. Diese lösen den Vertragshändlervertrag endgültig aus dem klassischen Austauschgeschäft "Ware wider Geld" heraus.[7] [8]

Neben dem Mixturcharakter sind auch die weiteren Voraussetzungen des gemischten Vertrages erfüllt.[9] So liegt ein selbständiges (und kein zusammengesetztes) Übereinkommen vor, bei dem Verträge erst durch Parteiabrede zu einer normativen Einheit verschmolzen werden.[10] Dazu stossen wir beim Händlervertrag auf eine *Mischung von Hauptleistungen.* Um LEONHARDs Formel

4 SCHLUEP, Innominatverträge, 9; ausführlich zum Begriff WEISS 10 f., GUGELMANN 11 f.

5 Ebenso für den Alleinvertriebsvertrag WYNIGER 13 f. Ein solcher liegt einzig dann nicht vor, wenn man unter diesem Titel bloss Nominatverträgen entnommene Mischelemente zulassen will. (Vergl. SCHLUEP, Innominatverträge, 9 f., mit Verweis auf HOENIGER H., Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge, Bd. I, Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, Mannheim/Leipzig).

6 SCHLUEP, AVV I, 25.

7 Vergl. SCHLUEP, AVV I, 25.

8 Gelegentlich wird auch ein gesellschaftsähnliches Element (Maximierung des Umsatzes in beiderseitigem Interesse) herausgestellt. (EGGER 150, 156, BENEDICT 21, WINKEL 37 f., SCHLUEP, AVV I, 25, BUDCZIES 17).

9 Zum folgenden ausführlicher SCHLUEP, Innominatverträge, 10 f.

10 Über den Begriff des zusammengesetzten Vertrages vergl. etwa MEIER-HAYOZ, SJK 1135, GUHL/MERZ/KUMMER 292, WEISS 29 f., SCHLUEP, Innominatverträge, 13 f., WYNIGER 4.

aufzugreifen: Es liegt kein "Artvertrag mit Beimischung", sondern ein "Vertrag mit Artmischung" vor.[11] Die drei hauptsächlichen Bindungskomplexe – kaufvertraglicher Sockel, absatzfördernde Pflichten im weitesten Sinne, Kunden- oder Lieferantenvorschriften – haben durchaus eigenständige (und in etwa gleichrangige) Bedeutung, gleichviel, welche Kriterien man einem allfälligen Grenzverlauf zwischen Haupt- und Nebenleistung unterstellen mag.[12] Nie können Verkaufsförderungsklauseln oder Absatz- resp. Bezugsstellenbeschränkungen – sie erst machen aus einem gewerblichen Käufer einen Vertragshändler – Bestandteil eines typischen Kaufes sein.

Ortet man die Vertragshändlervereinbarung beim gemischten Vertrag, wird fraglich, ob er (auch) als *Vertrag sui generis* gekennzeichnet werden dürfe. Vorweg ist zu betonen, dass einer Subsumtion unter die eine Gruppe der Innominatverträge keineswegs eine solche unter die andere entgegensteht.[13] In der Tat entpuppt sich der Händlerkontrakt ebenfalls als Vertrag sui iuris[14], enthält er doch (und sogar in überwiegendem Masse) Elemente, die keinem gesetzlich geregelten Vertragstypus entstammen.[15] Selbst wenn man das Zuordnungsfeld enger einkreist und dem Vertrag eine besondere "innere Einheit" abverlangt[16], ist den Anforderungen Genüge getan. Zweierlei macht eine solche Konvergenz aus:

11 LEONHARD 325.

12 So kann man mit SCHLUEP (Innominatverträge, 11) nach der gesonderten Klagbarkeit fragen oder danach, "ob bei Nichterfüllung der zu beurteilenden Vertragspflicht die faktische Lage massgebend von der erwarteten abweicht oder nicht." (Weitere Abgrenzungsvorschläge z.B. bei WEISS 38 f. oder bei LEONHARD 328).

13 Dies gilt dann, wenn Bestandteile geregelter und solche nicht geregelter Verträge vermengt werden. (Eingehend dazu SCHLUEP, Innominatverträge, 8 f.).

14 Für Doppelsubsumtion auch WYNIGER 13 f., SCHLUEP, Innominatverträge, 77, ders., AVV I, 25 f. (leicht modifiziert). Einen Vertrag eigener Art anerkennen auch GUHL/MERZ/KUMMER 290, WINKEL 36, CASEL 105, MAIER, AVV, 5, MAIER/MEYER-MARSILIUS 9, STUMPF 25 f., ders., Vertragshändlervertrag, 24. – Diese Lozierung ist europaweit gängig. (Vergl. die Übersicht bei SCHLUEP, AVV I, 32 f. sowie GRAUPNER, AVV, 51) Man vermerke indessen abweichende Ortungsversuche in Frankreich. (Vergl. WINKEL 35 f.).

15 Zum Begriff des Vertrages sui iuris vergl. das in Fn. 3 aufgeführte Schrifttum.

16 Vergl. SCHLUEP, Innominatverträge, 13.

Einmal haben wir von der Absatzgestaltung her ein einheitliches Distributionskonzept vor uns.[17] Der Grossteil[18] der Vertragsklauseln gehorcht im letzten ein und derselben Vertriebsmaxime.[19] Bereits richtiges absatzwirtschaftliches Verständnis offenbart sonach den Gleichklang im Innern. Dazu gesellt sich die wechselseitige Ausrichtung der einzelnen Vertragselemente unter sich.[20] Auszumitteln bleibt lediglich, welche Vertragsbestimmungen *Innominatelemente* darstellen und welche Affinitäten (zu welchen) gesetzlich geordneten Typen aufzeigen.

Ungeregelten Ursprungs sind vor allem sämtliche Abreden, die (direkt oder indirekt) die Laufrichtung von Vertrags- oder Fremdwaren beeinflussen. Hiezu zählt der gesamte Komplex der (persönlichen wie räumlichen) Absatz-, Bezugs- und Vertriebsbindungen sowie deren Surrogate.[21] Beschränkungen der Abnehmer- oder Lieferantenwahlfreiheit sind von keinem Nominatkontrakt her vorbekannt.[22] Nichts anderes gilt für die warenzeichenrechtlichen Bindungen, die nur den (in der Schweiz ebenfalls nicht

17 Gl.M. offenbar die Kommission in den Entscheiden Saba (20) und Omega (22).

18 Dies betrifft zweifelsfrei den vorn (231 f.) ausgemachten seinstypischen Kern und Hof des Selektivvertriebs. Deutlich wesensfremde Klauseln (Beispiel: Gebiets- und Preisabsprachen) bilden die Ausnahme.

19 Darüber ausführlich vorn 113 f.

20 Vergl. vorn 113 f.

21 Gleich für die Ausschliesslichkeitsübereinkommen im Alleinvertriebsvertrag SCHLUEP, AVV I, 25 f. und ders., Innominatverträge, 77. – Aus dem Agenturrecht beachte man immerhin Art. 418 f Abs. 3 OR (Zuweisung eines bestimmten Gebietes oder Kundenkreises). Er macht dennoch die "absatzbindungsähnliche" Klausel nicht zum Nominatelement, da kein gesetzliches Tatbestandsmerkmal in Frage steht. (Vergl. SCHLUEP, Innominatverträge, 77 Fn. 26; dazu auch BENEDICT 19 und WYNIGER 9) Nämliches gilt für die Ausgleichszahlungsregel des Art. 418 g Abs. 2 OR. – Eine den Bezugsbindungen für Fremdwaren verwandte Klausel wird in Art. 418 c Abs. 2 OR zwar zugelassen, aber an das Schriftformerfordernis gebunden.

22 Interessant ist an dieser Stelle eine vertragsrechtliche Notiz zu den *qualifizierten Absatz- und Vertriebsbindungen.* Beide machen ein bestimmtes Verhalten Dritter – nämlich der jeweils gebundenen Abnehmer des Pflichtigen – inzidenter zum Vertragsinhalt. Sie nähern sich damit dem *Garantieversprechen.* (So für den Gebietsschutz SCHLUEP, Innominatverträge, 78).

geregelten) Markenlizenzen nahestehen.[23] Nominatrechtliche Züge tragen dagegen die Interessenwahrnehmungs- und Verkaufsförderungspflichten, in denen Komponenten des Agenturvertrages mitschwingen.[24] Diese strahlen auch auf die marketingpolitischen Bindungen aus.[25] Dem Handelsvertreterrecht gleichfalls nicht unvertraut sind Kooperations- und Informationsgebote.[26] Endlich haben auch die Konkurrenzverbote Verwandte im Nominatrecht: Dasjenige des Herstellers rückt dem gesellschaftsrechtlichen[27], dasjenige des Händlers dem arbeitsvertrags-[28] oder gesellschaftsrechtlichen in die Nähe.[29]

Einziges gesetzlich ausgeregeltes Element ist der kaufrechtliche Kern. Auch er kann indessen – je nach individueller Gestaltung – Innominatprägung annehmen.[30]

23 Bemerkenswert CASEL, der dem gesamten Alleinvertriebsvertrag den Stempel einer beschränkten Markenlizenz aufdrücken will. (111 f.) – Zum Markenlizenzvertrag im allgemeinen SCHLUEP, Markenrecht, 187 f., TROLLER, Band II, 762 f.

24 Ebenso WYNIGER 9, BENEDICT 19 und SCHLUEP, Innominatverträge, 78. – Vergl. namentlich Art. 418 c Abs. 1 OR, nach dem der Agent "die Interessen des Auftraggebers mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu wahren" hat. (Hiezu GAUTSCHI 226 f.) – Das nicht selten ausbedungene Weisungsrecht (vorn 165 f.) kennt man ebenfalls aus kodifizierten Vertragstypen: Art. 321 d OR (Arbeitsvertrag), Art. 397 Abs. 1 OR (Auftrag).

25 Ausnahme: Akquisitionsverbot, für das sich keine nominatrechtlichen Parallelen auffinden lassen.

26 Vergl. vor allem die Unterstützungsorder an den Hersteller in Art. 418 f Abs. 1 Satz 1 OR. Sie nimmt sich freilich keineswegs so umfassend aus, wie es der Wortlaut selber anzeigt. (Vergl. GAUTSCHI 260 f.) Konkreter sind die Pflichten gehalten, dem Agenten "die nötigen Unterlagen zur Verfügung zu stellen" (Art. 418 f Abs. 1 Satz 2 OR) sowie ihn über sinkendes Geschäftsvolumen zu informieren (Art. 418 f Abs. 2 OR).

27 Vergl. Art. 536 OR (einfache Gesellschaft) und 561 OR (Kollektivgesellschaft).

28 Art. 340 f. OR, auf die auch im Agenturrecht verwiesen wird (Art. 418 d Abs. 2 OR).

29 Ohne obgenannte Differenzierung BENEDICT 21 und SCHLUEP, Innominatverträge, 78.

30 Dies trifft in Sonderheit ein, sobald Mindestabnahmequoten vereinbart sind. Man hat es alsdann "mit den Innominatelementen des Sukzessivkaufs oder des Vorvertrags auf Abschluss mehrerer Hauptverträge zu tun." (SCHLUEP, Innominatverträge, 79; vergl. auch EGGER 150 f.; ausführlich darüber (mit abweichender conclusio) ULMER, Vertragshändler, 302 f.).

II. Übersicht über zivilrechtliche Probleme

Im Vordergrund stehen selbstredend *schuldrechtliche* Fragen. Wohl entsteht der Vertragshändlerkontrakt formfrei. In der Praxis wird jedoch fast ausnahmslos schriftlich kontrahiert, und zwar regelmässig auf den Inhalt von vorverfassten standardisierten Mustern.[31] Er untersteht damit dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und dessen allfälliger Inhaltskontrolle.[32] Während der Vertragsdauer können sich Schwierigkeiten bezüglich der Auslegung von Parteipflichten einstellen, zumal solcher ohne konkreten Weisungsgehalt.[33] Eine Sonderfrage betrifft allfällige (gesetzliche) Ausgleichszahlungen bei der Verletzung von Gebiets- oder Kundenschutzklauseln.[34] Mangelhafte Warenlieferungen sind im Rahmen der kaufrechtlichen Gewährleistung zu rügen.[35]

Die eigentlichen Kardinalprobleme eröffnen sich erst bei der *Beendigung* der Vertragsbeziehungen und wurzeln allesamt im

31 Sie werden in erster Linie vom Hersteller angestrebt. Auch die Händler bekunden aber für einheitliche Bezugsbedingungen Interesse, um sich Waffengleichheit im Intra-brand-Wettbewerb zu erwahren.

32 Wie man weiss, kennt die Schweiz keine Inhaltskontrolle von AGB. Als Schranken rechtsgeschäftlicher Gestaltung sind immerhin die von der Gerichtspraxis entwickelten *Unklarheits- und Ungewöhnlichkeitsregeln* zu vermerken. (Vergl. darüber etwa GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Band 1, 146 f., SCHNEEBERGER 32 f., GUHL/MERZ/KUMMER 119 f. Ausführliches bei SCHÖNENBERGER/JÄGGI 358 f., MERZ H., Massenvertrag und Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: Festgabe für W. Schönenberger, Freiburg 1968, 137 f., STOCHAR, Zur Frage der richterlichen Kontrolle von Standardverträgen nach schweizerischem Recht, Diss. Basel 1971, BÜHLER Th., Standardverträge und Allgemeine Geschäftsbedingungen unter Kaufleuten, insbesondere im internationalen Handelsverkehr, SJZ 1976, 1 f., BAUER W., Der Schutz vor unbilligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) im schweizerischen Recht, Zürich 1977 und LÖRTSCHER Th., Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Zürich 1977; ausführlich zur AGB-Problematik im Händlervertrag (für deutsches Recht) ULMER, Vertragshändler, 360 f.).

33 Beispiele: Treue- und Interessenwahrnehmungspflichten, Absatzförderungsgebot, Weisungsrecht usw. (Ergiebig dazu vor allem ULMER, Vertragshändler, 408 f.).

34 Vergl. die entsprechende Regel im Agenturrecht. (Art. 418 g Abs. 2 OR; dazu GAUTSCHI 270).

35 So die herrschende Meinung: WYNIGER 23, SCHLUEP, Innominatverträge, 81, GAUTSCHI 209.

Dauerschuldcharakter.[36] So wird fraglich, welche (ordentlichen) Kündigungsfristen für den Fall mangelnder Parteiabrede gelten sollen. Man wird die langfristige Anlage des Leistungsaustausches sowie den (oft erheblichen) Investitionsaufwand des Händlers in Rechnung stellen müssen.[37] Gleichfalls nur eine genaue Ausleuchtung der einzelnen Kooperationsbeziehungen kann erweisen, ob und (welche) wichtige(n) Gründe zur ausserordentlichen (fristlosen) Kündigung zuzulassen sind.[38] In diesem Zusammenhang mag man auch über einen Anspruch des Händlers auf Vertragsverlängerung resp. -erneuerung diskutieren.[39] Vorweg wird allerorten die Frage erörtert, ob dem Absatzmittler eine (meist dem Agentenrecht entnommene)[40] *Abgangsentschädigung* zustehe. Damit soll der Aufwand für geworbene und nun der Herstellermarke nachziehende Kundschaft abgegolten werden. Die Antwort kann nur eine Untersuchung korrespondierender Interessenlagen von Handelsvertreter und Vertragshändler erbringen. Hiebei ist namentlich auf die Stringenz der Bindung (insbesondere Exklusivität im Bezug), auf die Sogwirkung starker Marken sowie auf den getätigten

36 Dazu anschaulich SCHLUEP, Innominatverträge, 79 (mit weiteren Nachweisen).

37 Vergl. vorn 148 – Ihnen werden die (zu kurzen) agenturrechtlichen Fristen (Art. 418 q Abs. 1 und 2 OR) nicht gerecht. (Gl.M. offenbar MAIER, AVV, 16 und MAIER/MEYER-MARSILIUS 18) Mit Fug ist deshalb auf das Recht der einfachen Gesellschaft rekurriert worden. (So SCHLUEP, Innominatverträge, 80) Die Frage des Kündigungsschutzes hat sich auch im Ausland offenbart. (Vergl. für Frankreich WINKEL 41 f., für Deutschland ULMER, Vertragshändler, 445 f.) Bemerkenswert ist die in Belgien dem Händler e lege zuerkannte (sehr weitreichende) Sicherung. (Dazu BENEDICT 87 f. sowie die Textwiedergabe dieses Gesetzes vom 13. April 1971 über die Kündigung von Vertragshändlerverträgen bei STUMPF, Vertragshändlervertrag, 245 f.) Man erinnere sich auch an den amerikanischen *"Automobile Dealer's in Court Act"* von 1956, der die Vertragsbeziehungen im Autogewerbe generell unter ein "Good faith"-Gebot stellt, freilich nicht überwältigende Wirkungen in der Praxis zeitigte. (Vergl. BUDCZIES 46 f. und ULMER, Vertragshändler, 242 f.).

38 Einzelheiten bei BENEDICT 61 f., GAUTSCHI 316 f., WEIL 296; vergl. neuerdings auch MAIER, AVV, 17 f. und MAIER/MEYER-MARSILIUS 18 f.

39 So namentlich in Frankreich. (Vergl. GUYENOT 80 und WINKEL 42 f.).

40 Art. 418 u OR.

Kapitaleinsatz des Händlers abzustellen.[41] Andere Liquidationsprobleme betreffen die (ausservertragliche) Pflicht zur Rückgabe bzw. Rücknahme des noch vorhandenen Warenlagers[42] oder mögliche Grenzen nachwirkender Konkurrenzverbote.[43] [44]

Vertragshandelsverträge können auch am *Lauterkeitsrecht* anstossen. Unklar ist etwa, ob Einbrüche in die Vertriebswegeordnung – insbesondere die Missachtung von Warenlaufbindungen – Wettbewerbsdelikte darstellen. In jedem Falle nämlich werden (von Netzangehörigen) Verträge verletzt. Netzexterne nutzen den Vertragsbruch aus oder verleiten gar dazu. Die nationalen Rechte befinden darüber, wieweit solche Privilegien Dritten entgegengehalten werden können.[45] Sie weichen im Ergebnis teilweise beträchtlich voneinander ab.[46]

41 Vergl. SCHLUEP, Innominatverträge, 81. Aus dem (grossteils zurückhaltenden) Schweizer Schrifttum auch GAUTSCHI 331, BENEDICT 71 f., SCHÖNLE 141 f. sowie BURNAND J.-C., Le contrat d'agence et le droit de l'agent d'assurances à une indemnité de clientèle, Lausanne 1977. – Vergl. ferner die Stellungnahme der HkDS bei MAIER, AVV, 19 f.

42 Der Hersteller wünscht sich eine Rückgabepflicht, um den weiteren Absatz über die nicht autorisierten (möglicherweise als unfähig entlarvten) Händler zu verhindern. Dem Händler liegt an einer Rücknahmepflicht, weil ihm fürderhin nicht mehr die Unterstützungs- und Versorgungslogistik des Produzenten zuteil wird. Auch muss er den Kunden oft mit angeschlagenem Image entgegentreten. – Die Frage der Rücknahmepflicht ist zumal in Frankreich diskutiert worden. (Vergl. GUYENOT 83 und (gut dokumentiert) BENEDICT 76 f.; darüber ebenfalls ULMER, Vertragshändler, 468 f., MAIER/MEYER-MARSILIUS 24 f. und MAIER, AVV, 25 f.).

43 In der Schweiz wäre etwa die analoge Anwendung der arbeitsvertraglichen (und agenturrechtlichen: Art. 418 d Abs. 2 OR) Schranken zu erwägen. (So BENEDICT 75 f.; vergl. freilich die Vorbehalte bei MAIER, AVV, 31 und MAIER/MEYER-MARSILIUS 28).

44 Eine Übersicht über weitere vertragsrechtliche Liquidationsprobleme liefert ULMER, Vertragshändler, 472 f.; ausführlich zum ganzen Fragenkomplex auch BUDCZIES 34 f.

45 Eine Zusammenschau für das Schweizer Recht: Vertragsbruch, also die Verletzung eigener schuldrechtlicher Pflichten, ist – für sich genommen – nicht unlauter. Das UWG rückt allenfalls gegen qualifizierte Formen vor: Gegen solche, die ein Wettbewerbsverhältnis berühren und vom Wortbrüchigen auch abgewehrt werden können. – Dagegen scheint sich (zu Recht) mehrheitlich die Ansicht durchzusetzen, Vertragspartner von aussen zum Bruch ihrer Bindungen aufzustacheln, sei Wettbewerbsvergehen. Noch fehlen indessen höchstrichterliche Urteile. – Die blosse Ausnützung

Internationalprivatrechtlich interessiert das bei fehlender Parteiabrede einschlägige Vertragsstatut. Weil der sonst entscheidende Gesichtspunkt der typischen Leistung[47] hier nicht unmittelbar weiterhilft, ist richtig nach dem (funktionell und wirtschaftlich) dominierenden Leistungskomplex gefragt worden.[48] Wie die rechtstatsächlichen Untersuchungen gezeigt haben, kann dies nur der händlerische sein. Mithin ist also am Agenturstatut anzuknüpfen[49], soweit nicht kaufrechtliche Streitigkeiten aus den einzelnen Austauschgeschäften anstehen.[50]

von Vertragsverletzungen ist wiederum – von besonderen Umständen abgesehen – zu tolerieren. (Vergl. dazu TROLLER, Band II, 1072 f., VON BÜREN, Kommentar, 63 f. (teils abweichend) und – besonders ausführlich – EULAU P.H., Verleitung zum Vertragsbruch und Ausnützung fremden Vertragsbruchs, Zürich 1976, 60 f.; aus der Rechtsprechung BGE 86 II 112 f.).

46 Vergl. etwa den Rechtsvergleich bei SCHLUEP, AVV I, 38 f.; zum deutschen Recht insb. STUMPF, Vertragshändlervertrag, 32 f. sowie die Arbeiten von SCHRICKER und MESSER.

47 Für alle VISCHER 664; vergl. zur objektiven Anknüpfung auch SCHÖNENBERGER/JÄGGI 78 f.

48 So schon VISCHER 674; jetzt auch das Bundesgericht in BGE 100 II 450 f. (im Gegensatz zu BGE 88 II 474 f., wo die Schwergewichtsbildung beim Warenerwerb oder bei der Verkaufsförderung im Einzelfall bestimmt wurde).

49 Heute wohl herrschende Meinung. (Vergl. SCHÖNENBERGER/JÄGGI 612, SCHLUEP, Innominatverträge, 82, VISCHER 674, MAIER, AVV, 3 f., MAIER/MEYER-MARSILIUS 7, BENEDICT 86 und WYNIGER 75 f.; rechtsvergleichend insb. STUMPF, Vertragshändlervertrag, 138 f.).

50 Hier springt wieder das Verkäuferstatut ein. (So auch SCHLUEP, Innominatverträge, 82).

3. TEIL:

SELEKTIVER VERTRIEB, WETTBEWERB UND RECHT DER WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGEN

1. Abschnitt:

Die Auswirkungen des selektiven Vertriebs auf den Wettbewerb

§ 1 Wettbewerbstheoretische Grundlagen

I. Der selektive Vertrieb als vertikale Wettbewerbsbeschränkung

1. Der Begriff der vertikalen Wettbewerbsbeschränkung

Jedermann fällt auf, wie karg die in der Wirtschaftspraxis alltägliche "vertikale Wettbewerbsbeschränkung" theoretisch ausgeleuchtet ist.[1] Noch immer orientiert sich die Kartellrechtsdogmatik weitläufig am klassischen (horizontalen) Kartellbegriff. Das wirtschaftswissenschaftliche, zumal das wettbewerbstheoretische Schrifttum hält sich erstaunlich zurück.[2] Mithin mangelt es an einer gesicherten Theorie vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen. Auch die Juristen erarbeiteten nur wenig Grundsätzliches.[3] Einzig Untersuchungen zu einzelnen Bindungstypen liegen vor.[4]

Einmütigkeit scheint hinsichtlich des Begriffs zu herrschen. Man begreift die vertikale Wettbewerbsbeschränkung gemeinhin als *Übereinkommen*[5] *wettbewerbsbeschränkenden Inhalts zwischen Parteien*[6] *auf verschiedenen Marktstufen.*[7] Herausgestellt

1 Vergl. zum folgenden SANDROCK, Grundbegriffe, 405 f.

2 Zudem überrascht, dass die einzelnen Lehrmeinungen ungewöhnlich stark auseinandergehen. (Beispiel: Preisbindungsdiskussion).

3 So haben sich beispielsweise zwei jüngere Arbeiten aus der Feder von Juristen (REINHART 187 f., SCHEUFELE, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 1633 f.; gleiches trifft für die Abhandlungen von ULMER, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 104 f. und von BELKE, Kartellgesetznovelle, 227 f., zu) der Frage nach dem Wesensvergleich nicht oder nur ungenüglich angenommen. (Vergl. immerhin SCHEUFELE, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 1642) Um grundsätzliche Einsicht bemüht sich – soweit erkennbar – einzig SANDROCK, Grundbegriffe, 393 f.

4 Insb.: Preisbindungen, Ausschliesslichkeitsabreden, Lizenzverträge.

5 Wir halten uns an den Regelfall vertikaler Verträge. Man vergesse darob nicht, dass an deren Stelle auch abgestimmtes Verhalten treten kann. (Vergl. vorn 152 f.).

6 Die Parteien können Einzelunternehmen *(individuelle vertikale Wettbewerbsbeschränkung)* oder Horizontalverbände irgendwelcher Art *(kollektive vertikale Wettbewerbsbeschränkung)* sein. (Vergl. die minuziöse Gliederung bei SCHEUFELE, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 1634 f.).

wird stets das Moment der Stufenungleichheit.[8] Um den Begriff von atypischen Erscheinungen freizuhalten, ist indessen ein weiteres zu fordern nötig: Das Fehlen eines Konkurrenzverhältnisses zwischen den Parteien.[9] Die beiden Elemente decken sich nur dem Anscheine nach. Es gibt formal – d.h. von der Marktstufenbetrachtung her – vertikale Abreden, die kompetitives Verhalten zwischen den Austauschpartnern regeln[10] und damit dem Wesen vertikaler Wettbewerbsbeschränkung[11] widerstreben. Dazu zählt einmal der Fall, dass die beteiligten Unternehmen nicht funktionsgerecht absetzen, d.h. Glieder der traditionellen Marktstufenkette übergehen.[12] Weil beide auf dem nämlichen Zielmarkt operieren, waltet Wettbewerb. Man denke aber auch an die Möglichkeit, potentielle parteiinterne

7 Der amerikanische Supreme Court bezeichnet sie als "economic arrangements between companies standing in a supplier – customer relationship." (Brown Shoe Co. v. US (370 US 294, 334); zit. nach SCHLUEP, AVV I, 49) – Vergl. auch SANGMEISTER 65 (mit weiteren Nachweisen und der (nicht unwichtigen) Notiz, dass es nicht auf die Interessenlage ankommen kann).

8 Vergl. etwa BAROUNOS/HALL/JAMES 17, WEIBEL 96, GUT 86, SANDROCK, Grundbegriffe, 397, SCHLUEP, AVV I, 49, ders., Vergleich, 9, ders., Kartellproblem, 37, Kartell und Wettbewerb 91, ULMER, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 164, BENEDICT 144.

9 Dies schwingt in der obigen (Fn. 7) Definition des Obersten Gerichtshofes offensichtlich mit. – Zum fehlenden Wettbewerbsverhältnis in der Anbieter-Nachfrager-Beziehung vergl. (statt aller) MEYER-CORDING 466.

10 Dass trotz Stufenverschiedenheit Konkurrenz herrschen kann, erkennen auch MÜLLER-HENNEBERG 6 und SANDROCK, Grundbegriffe, 397 Fn. 6; vergl. weiter KUMMER, Anwendungsbereich, 36.

11 Darüber der nächstfolgende Abschnitt Ziff. 2.

12 Beispiele: Hersteller bedient (neben dem Grosshandel) im gleichen Marktraum auch den Einzelhandel; Grosshandel tätigt (neben solchen an den Einzelhandel) auch Verkäufe an Endverbraucher.

Konkurrenz im vornherein auszumerzen.[13] Dies besorgt namentlich das Konkurrenzverbot.[14]

2. Eigenart der vertikalen Wettbewerbsbeschränkung

Ausgangspunkt der Frage nach dem Eigengepräge der Vertikalbeschränkungen muss der Wettbewerbsbegriff sein. Darüber ist – in der Wirtschafts- wie in der Rechtswissenschaft – viel geschrieben worden.[15] Im Kontext genügt die eine lapidare Erkenntnis: *Wettbewerb* kann lediglich *in der Horizontale* spielen[16], ist somit ausnahmslos "Parallelkampf".[16a] Denn Konkurrenten stehen im (gleichgerichteten) "Streben ... nach Geschäftsverbindung mit Dritten (Kunden) durch Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen".[17] Sie müssen, der Natur der Sache nach,

13 Noch stehen die Vertragspartner ausserhalb eines Wettbewerbsverhältnisses. Präventiv wird ihnen nun verwehrt, unternehmerische Tätigkeiten der Gegenpartei aufzunehmen: Der Händler darf mithin nicht rückwärts, der Hersteller nicht vorwärts integrieren.

14 Vergl. vorn 213.

15 Vergl. (als Auswahl) aus dem rechtswissenschaftlich orientierten Schrifttum: SANDROCK, Grundbegriffe, 102 f., KUMMER, Anwendungsbereich, 3 f., BORCHARDT/FIKENTSCHER 14 f., MEYER-CORDING 461 f., MÜLLER-HENNEBERG 66 f., SATTLER 35 f., WILLEMSEN 48 f., BEHRENS F.-S., Der Wettbewerbsbegriff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, NJW 1958, 481 f., KNÖPFLE R., Zum Wettbewerb im Sinne des § 1 GWB, WuW 1967, 159 f., ders., Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens, Köln, Berlin, Bonn, München 1966, SCHMITZ W.G., Der Wettbewerbsbegriff im Kartellrecht, NJW 1961, 2089 f., MÜLLER-HENNEBERG H., Die Begriffe "Wettbewerb" und "Wettbewerbsbeschränkung" im Kartellrecht, WuW 1968, 659 f., LUKES R., Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift zum 70. Geburtstag von F. Böhm, Karlsruhe 1965, 199 f.

16 Ausdrücklich MÜLLER-HENNEBERG 6. – Abzulehnen ist daher die Unterscheidung zwischen "horizontalem" und "vertikalem" Wettbewerb. (So aber ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 176).

16a BELKE, Geschäftsverweigerung, 297, mit (berechtigter) Kritik an der verwirrlichen Unterscheidung zwischen "einstufigem und mehrstufigem Wettbewerb".

17 So die Definition bei BORCHARDT/FIKENTSCHER 15.

auf dem gleichen Markt tätig werden. Dies vermögen sie nur, wenn sie – wenigstens funktionell[18] – auch der nämlichen Wirtschaftsstufe zugehören. Nie hebt sich also die vertikale Wettbewerbsbeschränkung deshalb ab, weil sie anders gearteten Wettbewerb beschränke. Das principium divisionis muss anderswo ansetzen.

SANDROCK hat den Versuch unternommen, die vertikale Wettbewerbsbeschränkung von der horizontalen durch die *Anzahl der normierten Märkte* abzugrenzen. Nach ihm ordnen Vertikalverträge wesensgemäss (mindestens) zwei[19], Horizontalabsprachen dagegen (zur Hauptsache)[20] einen. Darauf kann indessen ebenfalls nichts ankommen. Auch die vertikale Intervention zeitigt ihre Beschränkung vor allem auf der einen Marktstufe, nämlich dort, wo der Gebundene als Anbieter/Nachfrager auftritt. Dies erkennt man gerade bei den zentralen Warenlaufbindungen.[21] Sie entfalten ihre Primärwirkungen an der Marktfront, an der Absatz- oder Bezugsstellen ausgesperrt werden.[22] [23] Allerdings müssen einfache

18 Sie brauchen nicht formell derselben Stufe anzugehören; es reicht hin, wenn sie absatzwirtschaftlich identische Funktionen wahrnehmen. (Vergl. die in Fn. 12 aufgeführten Beispiele) – Wie hier offenbar (in Anlehnung an den Gerichtshof) SCHEUFELE, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 1633.

19 "Wir stehen bei den vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen vielmehr mindestens zwei (meist Hersteller und Händler), wenn nicht sogar drei Märkten (meist Hersteller – Grosshändler – Einzelhändler) gegenüber, die in mannigfacher Weise miteinander verbunden sind und zwischen denen vielfältige Wirkungszusammenhänge bestehen. Wird daher auch nur bei einem einzigen Unternehmen ein einziger Aktionsparameter auf einen Punkt willkürlich festgelegt oder als Instrument der Marktstrategie beseitigt, so können von dieser Massnahme primär Wirkungen auf zwei (oder mehr) Märkte ausgehen..." (SANDROCK, Grundbegriffe, 401 f.).

20 Vergl. immerhin a.a. O. 402.

21 Dazu hinten 274 f.

22 Beispiele: Die Absatzbindung verschliesst den Konkurrenten des privilegierten Händlers eine Bezugsquelle, die Bezugsbindung für Fremdwaren den Rivalen des verpflichtenden Herstellers Absatzgelegenheiten. Die Vertriebsbindung schliesslich beschränkt die Netzaussenseiter im Bezug der Vertragswaren. – Einzig das (nicht spezifisch marktstufengerichtete) Verbot des Absatzes an nicht autorisierte Händler trifft mit einem Schlag zwei Marktstufen: Den Konkurrenten des Gebundenen werden Querbezüge, Angehörigen der nachfolgenden Stufe Längsbezüge verwehrt.

23 Gleiches gilt für andere Klauseln, etwa Preisbindungen oder marketing-politische Bindungen.

Vertikalvereinbarungen unterstellt werden, also nicht solche, deren Eigenart gerade die Organisation mehrerer Stufen ausmacht.[24] Damit sei keineswegs die Tendenz vertikaler Konkurrenzbeschränkungen geleugnet, sich im Vertriebskanal fortzupflanzen. Alternativeneinengung der (gebundenen) vorgehenden Wirtschaftsstufe überwälzt sich auf die nachgehende.[25] Doch handelt es sich ersichtlich um Sekundärfolgen. Als Typisierungskriterium eignet sich die Zahl der berührten Märkte auch deshalb nicht, weil Ausstrahlungseffekte gleicherweise von Horizontalkartellen ausgehen können.[26]

Keinen Unterschied deckt schliesslich die Trennung zwischen *formaler* und *materieller Wettbewerbsbeschränkung* auf.[27] Es wurde zu Recht betont, dass möglicherweise auch vertikale Abreden Wettbewerbsbeschränkungen formaler Natur enthalten.[28] "In der Tat kann mittels Stufenvertrag vereinbart werden, dass ein

24 Gerade aufgrund eines solchen atypischen Sachverhalts argumentiert SANDROCK, wenn er die Preisbindung über zwei Stufen als Beleg aufführt (Grundbegriffe, 403). Die einfache Preisbindung beschneidet nämlich als Primärwirkung nur den Preiswettbewerb der gebundenen Händler. – Gleichfalls dürfen nicht gekoppelte Bindungen beigezogen werden (Hauptbeispiel: Ausschliesslichkeit im Absatz/im Bezug). Hier geht ein weiteres Beispiel von SANDROCK (Grundbegriffe, 404) fehl: Die von ihm erwähnte Bezugsbindung (für Fremdwaren) beschränkt – wie richtig diagnostiziert – den Angebotswettbewerb unter den Herstellern, nicht aber die "Geschäftsalternativen seiner (sc. des Händlers) Konkurrenten". Mangels beigegebener Absatzklausel können sich diese beim bindenden Hersteller eindecken.

25 Vergl. SCHLUEP, AVV I, 52, SCHEUFELE, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 1642 sowie die Erörterung der Drittwirkungen der einzelnen Klauseln hinten 274 f.

26 Als Beispiel diene das Gebietskartell: Es verringert zunächst den Herstellerwettbewerb durch die Zuweisung (ausschliesslicher oder präferentieller) Absatzrayons. Im gleichen Zuge werden die Bezugsgelegenheiten jedes Grosshändlers eingeschnürt, der – Schleichwege vernachlässigt – sich nur bei dem ihm zugewiesenen Lieferanten eindecken kann. Seine so geschmälerte Angebotspalette strahlt auch auf die Einzelhändler (und Konsumenten) aus.

27 Sie stammt von BORCHARDT/FIKENTSCHER 26 f.; vergl. dazu auch FIKENTSCHER, Wettbewerb, 42 f., ders., Sonstige Verträge, 553, GUT 82 f., WILLEMSEN 50 f. und SCHLUEP, AVV I, 48; mit leichter Modifikation SANDROCK, Grundbegriffe, 208 f.; kritisch z.B. MEYER-CORDING 470.

28 Dies haben schon BORCHARDT/FIKENTSCHER selber festgehalten. (A.a. O. 32).

Kontrahent oder beide Partner auf ihrer Stufe das selbständige Streben nach Geschäftsverbindung mit Dritten durch Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen aufgeben oder verringern".[29] Immerhin sei die Schwierigkeit angezeigt, bei den vertikalen Übereinkommen die generell gültige Scheidelinie vorzuzeichnen, auf der die formelle in eine materielle Wettbewerbsbeschränkung umschlägt.[30]

Wer echte Kontraste zur horizontalen Wettbewerbsbeschränkung nachweisen will, muss von der Art der Veranstaltung der vertikalen ausgehen. Was die beiden zunächst auseinanderhält, ist die Stossrichtung der wettbewerbshemmenden Intervention.[31] Mit dieser Einsicht ist aber noch nicht viel gewonnen. Ihr ist die Frage anzuschliessen, wie der beschränkte Wettbewerb (aus dem Blickwinkel der beteiligten Kontrahenten) näher auszugrenzen sei. Entsinnt man sich des Begriffs der vertikalen Wettbewerbsbeschränkung, namentlich der fehlenden parteiinternen Konkurrenzsituation, wird deutlich, dass (einfache) vertikale Abmachungen bloss *einseitige Wettbewerbsbeschränkungen* veranstalten.[32] Nur die eine Partei wird in ihrem kompetitiven Verhalten gebunden, die andere bleibt grundsätzlich frei. Dies ist schlüssig, weil der Ungebundene – per definitionem – am beschnittenen Wettbewerb nicht teilnimmt. Aus seiner Sicht wird sonach *Fremdwettbewerb* geregelt,[33] nämlich derjenige zwischen dem Schuldner und dessen Konkurrenz.

29 SCHLUEP, AVV I, 50.

30 Insb. SANDROCK hat mit Nachdruck auf die Schwierigkeit verwiesen, einen für den gesamten Bereich *vertikaler* Absprachen verbindlichen Begriff der *materiellen* Wettbewerbsbeschränkung zu finden. Nach ihm ist es alleinig sinnvoll, die Ausuferungsfrage anhand der einzelnen Bindungstypen zu beantworten. (SANDROCK, Grundbegriffe, 398 f., 454 f.) Pflichtet man ihm bei, wird man diesen Unterschied in der Generalisierungszugänglichkeit vermerken müssen. Der Autor jedenfalls schreibt der vertikalen Wettbewerbsbeschränkung gerade deswegen ein "gerüttelt Mass an Eigenständigkeit" zu. (A.a. O. 457).

31 Ähnlich wohl SCHEUFELE, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 1638.

32 Auf Einseitigkeit der Bindung verweist auch SCHWARTZ, Kommentar, 10.

33 Beachtenswert im Kontext SCHEUFELE, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 1642: "Die Intervention hat nicht eine Korrektur der eigenen Angebote zum Ziel wie die kartellistische Einschränkung des Wettbewerbs, sondern die von Angeboten

Als weiterer Unterschied ist zu vermerken, dass die individuelle vertikale Vereinbarung – für sich genommen – keine Märkte zu ordnen vermag.[34] Nur sporadisches Binden von Austauschpartnern bewirkt, dass die freigebliebenen sogleich Wettbewerb auslösen. Im Gegensatz zu den Horizontalkartellen entfaltet der vertikale Individualvertrag demnach *keine normative Drittwirkung.*[35] Märkte lassen sich mit ihm nur reglementieren, wenn er netzweit – frei von Lücken – durchgesetzt wird.[36] Dann allerdings stellen sich an der solcherweise gebundenen Marktseite Wirkungen ein, die denen eines (dort autonom abgesprochenen) horizontalen Kartells gleichkommen.[37] Damit wird fraglich, ob die nun abgesteckte Grenze zwischen vertikaler und horizontaler Wettbewerbsbeschränkung nicht wiederum verwische, sobald nur die vertikale netzumspannend eingerichtet sei. Mehr noch: Die Versuchung lockt, die vertikale überhaupt einer unter den Gebundenen vereinbarten hori-

Dritter ..." (Ähnlich auch STÖVER 99) – Ausnahmsweise wird *parteiinterner Wettbewerb* beschränkt, so beim Konkurrenzverbot sowie (als zusätzliche Reflexwirkung) bei bestimmten Formen von Absatzbindungen. (Vergl. hinten 286).

34 Marktmächtige Unternehmen als Bindungspartner vernachlässigt. – Zum Begriff der "Marktordnung" Kartell und Wettbewerb 92.

34a Dies gilt nur für die (an eine Mehrheit von Bindungssubjekten gerichteten) Händlervorschriften, nicht aber für die Herstellerbindung.

35 "Der Vertrag als solcher ist eine Individualvereinbarung, die aufgrund ihrer Individualität gerade keine Normenwirkung auslösen kann." (BIEDENKOPF, Wettbewerbsbeschränkung, 186).

36 Vergl. hiezu BELKE, Geschäftsverweigerung, 220f., SCHULTE-MÄTER 41 und SCHEUFELE, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 1638. Dieses komplexe Gefüge individueller Vertikalabsprachen ist sicherlich ein Grund für ihre schwierige wettbewerbstheoretische Durchdringung. (Gl.M. SANDROCK, Grundbegriffe, 405).

37 Diese vom Hersteller (vertikal) diktierte Gleichrichtung unternehmerischen Verhaltens nimmt sich – von aussen besehen – gleich aus, wie wenn sie unter den Händlern *(horizontal)* ausgehandelt worden wäre. Man wird indessen – mit Blick auf die Bindungsstrukturen – nicht übersehen haben, dass sich dieser "Horizontaleffekt" alleinig bei Händlerverpflichtungen einstellt, weil nur sie eine Mehrheit von Bindungssubjekten knebeln. Bei Herstellerklauseln (Hauptbeispiel: Alleinvertrieb) bleibt er aus.

zontalen Abmachung zur Seite zu stellen.[38] [39] Solche Angleichung verleugnete freilich signifikante Unterschiede: Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen drosseln typischerweise den Inter-brand-, die vertikalen (allermeist) den Intra-brand-Wettbewerb.[40] [41] Abweichend gestalten sich überdies Initiative, Planung und Kontrolle des Absatzsystems. Wo bei der horizontalen Gleichschaltung die Gleichgeschalteten mitbestimmen, ist die vertikale weithin vom Hersteller gelenkt. Erstere vollzieht sich eigenverantwortlich,[42] letztere fremdbestimmt.

Wie man sieht, lassen sich *zusammenfassend* die folgenden drei Wesenselemente der Vertikalbeschränkung herausschälen: Einseitigkeit der Wettbewerbsbeschränkung, Ordnung fremder Konkurrenz und fehlende Normativwirkung des Individualvertrages.[43] Hierin erschöpfen sich zugleich die Gemeinsamkeiten vertikaler Interventionen. Im übrigen wird die Mannigfaltigkeit der Bindungs-

38 Beispiele: (Räumliche) Vertriebsbindungen wären als horizontales Gebietskartell, Bezugsbindungen (insb. für Fremdwaren) als horizontales Einkaufskartell anzusehen. Marketing-politische Bindungen kämen einer besonderen Form des Konditionenkartells gleich.

39 So war in den USA das Verbot vertikaler Gebiets- und Kundenschutzklauseln gelegentlich durch Rekurs auf die per se-illegality der horizontalen Marktaufteilung untermauert worden. (In diesem Sinne beispielsweise das District Court-Urteil oder die Dissenting opinion von Justice STEWARD im Schwinn-Fall; ausführlich SCHULTE-MÄTER 85 f.) – Einen hier nicht repräsentativen Sondersachverhalt betraf das Sealy-Urteil. (Vergl. NEALE 220) – Neuerdings vermerke man die Gleichstellung durch die schweizerische Kartellkommission in ihrem Bericht über die Alleinvertriebsverträge auf dem Markt für Automobilbestandteile. (VSKk 1978, 197).

40 Ausnahmen: Bezugsbindungen für Fremdwaren, Konkurrenzverbote.

41 Vergl. dazu hinten 274 f.

42 Vergl. auch an die Schwinn-Entscheidung des amerikanischen Supreme Court anknüpfend – SCHULTE-MÄTER 87 f.; a.M. offensichtlich SCHEUFELE, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 1633 und 1638.

43 Zu erwähnen, hier aber nicht weiter von Interesse, ist die Tatsache, dass im vertikalen Bereich *Wettbewerbsbeschränkungen* praktisch ausnahmslos *auf Massnahme* (und nicht auf Zustand) gründen. (Richtig SANDROCK, Grundbegriffe, 400 f.).

typen und ihrer Wettbewerbsstörungen dazu zwingen, sie gesondert zu untersuchen.[44]

II. Erscheinungsformen[45] des vom selektiven Vertrieb berührten Wettbewerbs

1. Übersicht

Wettbewerb läuft in verschiedenartigen Formen und Ausprägungen ab. Hinsichtlich Vertikalbeschränkungen, die den Lauf unterschiedlicher Waren über mehrere Märkte hinweg dirigieren, hält man phänomenologisch mit Vorzug auseinander:[46]

a) Aus marktstufengerichteter Optik:
   - Herstellerwettbewerb
   - Händlerwettbewerb
   - Wettbewerb zwischen Hersteller und Händler

b) Aus produktgerichteter Optik:
   - Inter-brand-Wettbewerb
   - Intra-brand-Wettbewerb

Weil dieser Aufgliederung abweichende (aber selbständige)[47] Klassifikationsgesichtspunkte zugrundeliegen, können sich einzelne Wettbewerbsformen überlappen.[48] Alsdann eröffnet sich das nachstehende *Schaubild:*

44 Über die Frage, wann formelle Vertikalbeschränkungen in materielle umschlagen, vergl. insb. SANDROCK, Grundbegriffe, 454 f.

45 ULMER (Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 181) will den Terminus meiden und lieber von "Faktoren" oder von "Teilaspekten" reden.

46 Vergl. etwa SCHULTE-MÄTER 11, BELKE, Kartellgesetznovelle, 243, ders., Geschäftsverweigerung, 219, ULMER, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 179 f.

47 Müssig deshalb im Grundsatz die Frage, welches Einteilungskriterium welchem unterzuordnen sei. (So aber gestellt von SCHULTE-MÄTER 11 f.).

48 Ausnahme: Herstellerwettbewerb findet aller Regel nach nicht als Intra-brand-Konkurrenz statt. (Vergl. hinten 260 f.).

	Hersteller-Wettbewerb	Händler-Wettbewerb	Wettbewerb zw. Hersteller und Händler	
Inter-brand-Wettbewerb				
Intra-brand-Wettbewerb				

2. Die marktstufenorientierte Sicht

Sie fragt danach, auf welcher Wirtschaftsstufe Wettbewerb stattfinde.[49] In der Folge ist zu differenzieren zwischen:

a) Herstellerwettbewerb

Er stellt die "klassische" Erscheinungsform des Wettbewerbs dar als Konkurrenz auf der Produzentenebene. Da anders markierte Waren angeboten werden, spielt er sich als *interbrand competition* ab. Ausnahmsweise mögen Hersteller im Absatz nämlicher Erzeugnisse rivalisieren, sofern der eine den andern (nicht ausschliesslich) mit dem Vertrieb seiner Produkte betraut.[50]

49 Man mag daher auch von *"Stufenwettbewerb"* sprechen, eingedenk der Tatsache, "dass sich zwischen Erzeuger und Verbraucher mehrere hintereinandergeschaltete Märkte, namentlich auf den Handelsstufen, schieben." (BELKE, Geschäftsverweigerung, 297) – Der Begriff wird häufig synonym zu dem des "Händlerwettbewerbs" gebraucht. (Statt aller ULMER, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 173).

50 Ein Produzent beliefert (z.B. aus sortimentspolitischen Erwägungen) auch seinen Konkurrenten. Damit Intra-brand-Wettbewerb spielt, ist allerdings ein weiteres

b) Händlerwettbewerb

Hier stehen sich gleichstufige Händler als Wettstreiter gegenüber. Er kann als Grossisten- oder Detaillistenwettbewerb vor sich gehen. Je nach Sortimentszusammensetzung wird Intra- oder Inter-brand-Konkurrenz ausgetragen. Soweit Händler Waren derselben Marke vertreiben, stehen sie im *Intra-brand-Wettbewerb*. Nicht immer klar herausgestellt wird die (selbstverständliche) Tatsache, dass *Inter-brand-Wettbewerb* herrscht, falls sie mit Erzeugnissen unterschiedlicher Provenienz gegeneinander antreten.[51]

c) Wettbewerb zwischen Hersteller und Händler

Da Wettbewerb bekanntlich nur in der Horizontale stattfinden kann,[52] hat man einen Sonderfall vor sich. Voraussetzung einer derartigen Konkurrenz ist eine (wenigstens) funktionelle Vorwärtsintegration des Herstellers, d.h. ein zum System querlaufendes Tätigwerden auf Zwischenhandelsstufen.[53] Dann tritt er in *Intra-brand-Wettbewerb* mit den Gliedern seiner eigenen Vertriebsorganisation (im Absatz eigener Erzeugnisse). *Inter-brand-Wettbewerb* veranstaltet er mit den netzexternen Händlern, ferner mit den netzinternen, soweit diese Konkurrenzwaren in ihren Sortimenten führen.

erforderlich: Er darf dem andern Hersteller nicht Exklusivität im Sinne eines Verzichts auf jedwelche eigene Absatztätigkeit einräumen. – Vergl. als Beispiel horizontaler Beschränkung des Intra-brand-Wettbewerbs den bei ULMER (Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 180 Fn. 39) aufgeführten Fall U.S. v. McKesson and Robbins.

51 Wer von "Händlerwettbewerb" redet, verdeutlicht deshalb vorzugsweise, ob er den produktinternen oder den produktexternen Wettbewerb auf den Zwischenhandelsstufen (oder beide) meine. – Vergl. auch das unten in Fn. 56 zitierte Schrifttum.

52 Darüber vorn 251 f.

53 Mit andern Worten: Er bedient Kunden, die systemgerecht von nachfolgenden Handelsstufen bedient werden müssten. Tätigt er Einzelhandelsverkäufe, konkurrenziert er den Grosshandel; bietet er direkt dem Endverbraucher an, sticht er den Einzelhandel aus.

3. Die produktorientierte Sicht

Sie stellt darauf ab, welche Waren vom Wettbewerbsverhältnis beschlagen werden, konkreter: darauf, ob mit Erzeugnissen gleicher oder verschiedener Herkunft um die Gunst des Publikums geworben wird. Man mag deshalb auch von *produktinternem* und *produktexternem Wettbewerb* reden.[54]

Im einzelnen sind voneinander abzusondern:

a) Inter-brand-Wettbewerb

Inter-brand-Wettbewerb liegt vor, wenn Anbieter mit Waren ungleicher Marke konkurrieren. Er spielt sich zunächst als *Hersteller-*, im weiteren aber als *Händlerwettbewerb* ab. Unschwer erkennt man, dass interbrand competition nicht auf der Produzentenstufe haltmacht, sondern auf die einzelnen Zwischenhandelsstufen übergreift.[55] Er lässt sich somit nicht marktstufenspezifisch fixieren.[56]

b) Intra-brand-Wettbewerb

Intra-brand-Wettbewerb ist jener Wettbewerb, den seine Teilnehmer mit Artikeln der gleichen Marke bestreiten.[57] Er läuft als netzinterne Konkurrenz ab,[58] d.h. zwischen Angehörigen des näm-

54 So beispielsweise BELKE, Kartellgesetznovelle, 243.

55 Hiebei kann er nicht nur zwischen den den Vertriebsnetzen anderer Hersteller zugehörenden Händlern stattfinden. Verzichtet ein Produzent auf Bezugsbindungen, mag er in die Sortimente der eigenen Absatzmittler hineingetragen werden.

56 Vergl. auch SCHULTE-MÄTER 11, ULMER, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 180 f., BELKE, Relevanter Markt, 25 f., ders., Kartellgesetznovelle, 243; ferner die Definitionen von SCHMITT 7 f.

57 Zum Begriff des Intra-brand-Wettbewerbs SCHMITT 8.

58 Ausnahme: netzexterne Schleichbezüge.

lichen Distributionsnetzes. In aller Regel setzt er frühestens auf der dem Hersteller nachgelagerten Stufe ein, weil erst dort die Ware die Hand eines einzigen Wirtschafters verlässt.[59] Er stellt damit eine Form der *Händlerkonkurrenz* dar.[60] Ausnahmsweise kann er auch als *Wettbewerb zwischen Hersteller und Handel* auftreten, wenn jener sich seinen Absatzmittlern funktionell zur Seite stellt.[61]

59 Ebenso ULMER, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 180. – Vergl. immerhin die Ausnahme vorn Fn. 50.

60 Vergl. vorn Ziff. 2 lit. b.

61 Darüber vorn Ziff. 2 lit. c.

§ 2 Wettbewerbswirkungen des selektiven Vertriebs

I. Die massgeblichen Ansatzpunkte

Bevor die einzelne Vertragsklausel des Selektivvertriebs auf ihre Wettbewerbswirkung geprüft wird, verdient Klarstellung, welche Ansatzpunkte dieser Diagnose zugrunde zu legen sind. So wartet im besonderen die Frage, welche Teilnehmer des Marktgeschehens die Vertikalbeschränkung berühre. Mithin können sowohl die Planfreiheit der Kontrahenten wie auch diejenige Dritter eingeengt sein.[1]

Erste Folge der vertikalen Vereinbarung ist die Begrenzung der Handlungsvarianten der *Parteien.* Hier haben die Fesseln ihren Ursprung im Vertragsverhältnis selber. Insoweit sind die tatsächlich *"direkte formale Beschränkungen".*[2] Die einzelne Vertragsklausel schnürt nur den Bewegungsspielraum der einen Partei ein.[3]

Die Wirkungen erschöpfen sich aber nicht innerhalb des gebundenen Personenkreises, sondern greifen auf *Dritte*[4] über. Sonach treten Normativerfolge auch dort ein, wo gar nicht an der (vertraglichen) Normsetzung mitgewirkt wurde. Dies trifft vorab die Konkurrenten des Binders; erzeugt werden *indirekte formale Wettbewerbsbeschränkungen.*

1 So ausdrücklich auch BELKE, Geschäftsverweigerung, 218 f., SCHLUEP, AVV I, 50 f. und GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 80.

2 Direkte und indirekte formale Beschränkungen hält namentlich SCHLUEP (AVV I, 52) auseinander.

3 Zur Einseitigkeit vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen vorn 254.

4 Mit Recht hält BELKE (Geschäftsverweigerung, 87 f.) *zwei Formen der Drittbehinderung* auseinander: "Entweder richten sich die Abmachungen und Sanktionen des Kartells speziell gegen einen Dritten. Sie bezwecken, ihn zu ruinieren oder ihn gefügig zu machen. Oder das Kartell greift in die Freiheit Dritter gleichmässig und allgemein ein. Das ist der Fall, wenn der Wettbewerb durch Marktabsprachen ... unterdrückt wird, ohne dass speziell ein bestimmter Konkurrent oder Abnehmer als Opfer ins Auge gefasst wird." Allein diese ungezielte, weil *systembedingte Drittwirksamkeit* steht hier in Debatte. – Vergl. auch die eingehende Zusammenstellung bei SCHEUFELE, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 1635 f.

Nun ist bekannt, dass allen formalen Wettbewerbsbeschränkungen die Neigung innewohnt, in *materielle* umzuschlagen, also Folgen auch an der *gegenüberliegenden Marktfront* hervorzurufen. Dieser Ausdehnungseffekt über das Marktstufengefüge hinweg ist mitzuveranschlagen, weil er den in den Vertriebsketten nachstehenden Wirtschaftssubjekten Handlungsalternativen raubt. Er entspringt der intermediären Stellung des Zwischenhandels. Was einem Händler als Hindernis im Bezug auferlegt, beeinflusst sofort dessen Vertriebsgestaltung und damit abermals die Beschaffungsbedingungen des nächstfolgenden Abnehmers.[5]

Konkurrenzbeschränkungen können auf diese Weise bis zum *Verbraucher* ausstrahlen. Sie beeinträchtigen folgerichtig die Konsumfreiheit.[6] Denn "Wettbewerb gewährt Konsumfreiheit insofern, als er dem Konsumenten Alternativen zur Verfügung stellt, zwischen denen dieser auswählen kann".[7] Wird er bei seinen Lieferanten beschnitten, verringern sich auch die eigenen Einkaufsvarianten. Dies – je nach dem Bindungstypus – in zweierlei Formen:[8] Klauseln, die den Warenfluss kanalisieren, also die Vertriebsstellenzahl beschränken, schmälern die *quantitativen Beschaffungsalternativen* des Verbrauchers,[9] solche, die bloss die Angebotsgestaltung der Vertragswaren regeln, mindern seine *qualitativen Beschaffungsalternativen* herab. Letzteres geht namentlich die netzweite Gleichschaltung der Absatzmodalitäten an.

5 Dazu SCHEUFELE, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 1634 und 1637.

6 Damit werden Konsumenten sowohl die Chancen zum autonomen ungebundenen Konsumhandeln wie auch die zur Lenkung des Konsumgüterangebotes herabgesetzt. (Darüber ausführlich SCHERHORN 70 f.; zur Konsumfreiheit vergl. vor allem MEYER-DOHM P., Sozialökonomische Aspekte der Konsumfreiheit, Freiburg 1965, HAEFLIGER J.-C., Die Konsumfreiheit, Diss. St. Gallen 1966).

7 SCHERHORN 7; vergl. auch GAWRONSKI 70.

8 Nachstehende Unterscheidung betrifft sämtliche Marktstufen, zeigt sich beim Verbraucher aber in besonders augenfälliger Ausprägung. (Vergl. dazu auch hinten, z.B. 275 und 279).

9 Auf diesen Zusammenhang zwischen Händlerselektion und Minderung der Wahlmöglichkeiten des Verbrauchers verweist ebenfalls SCHEUFELE, Selektive Distribution, 5.

II. Typologie der Vertikalbeschränkungen

1. Bindungen des Warenlaufs / Bindungen der Angebotsgestaltung

Vertikale Intervention im Absatzbereich kann doppeltes anstreben: Lenkung des Warenlaufs durch Aussperren von Bezügern oder Anbietern zum einen, Einflussnahme auf die Gestaltung des Warenangebots zum andern. Die einen bestimmen das "Ob", die andern das "Wie" zukünftiger Geschäftsbeziehungen.[10] [11]

Bindungen des Warenlaufs legen fest, welche Stationen im Vertriebskanal welche Erzeugnisse (nicht) anlaufen dürfen. Sie wollen bestimmte Austauschpartner gemieden haben, schneiden sonach Geschäftsbande schlechterdings ab. Zu solcher Selbstbeschränkung im Absatz oder im Bezug können Hersteller[12] wie Händler[13] aufgerufen sein. Der Bindungstypus vermag den Vertragswaren-[14] oder Fremdwarenfluss[15] zu regulieren.[16] Im ersten Fall liegt eine Drosselung des Intra-brand-, im zweiten eine solche des Inter-brand-Wettbewerbs vor.

Bindungen der Angebotsgestaltung gestatten dagegen – für sich genommen – Geschäftsverkehr mit jedermann, schreiben aber die Bedingungen seiner Abwicklung vor. Allemal ist Vertragswarenvertrieb Ordnungsgegenstand, somit einzig Intra-brand-Wettbewerb

10 Vergl. SCHWARTZ, Kommentar, 4.

11 Die nachstehende Typologie deckt sich nicht mit der aus dem deutschen Schrifttum vertrauten Unterscheidung zwischen Beschränkungen der Abschluss- und der Inhaltsfreiheit (statt aller ULMER, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 164, SCHWARTZ, Kommentar, 4), weil sie ein Mehr an Bindungen miterfasst.

12 Absatzbindungen. (Dazu vorn 169 f.).

13 Bezugs- und Vertriebsbindungen. (Dazu vorn 184 f.).

14 So die Absatz- und die Vertriebsbindung sowie die Bezugsbindung für Vertragswaren.

15 So die Bezugsbindung für Fremdwaren.

16 Die Unterscheidung zwischen Vertrags- und Fremdwarenlenkung vollzieht (implicite) offenbar auch SCHEUFELE, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 1636 resp. 1640 f.

berührt.[16a] Sie können zunächst die Angebotsgestaltung im *parteiinternen Verhältnis* reglementieren, also die Geschäftsbeziehungen zwischen dem Hersteller und seinem direkten Abnehmer und Vertragspartner. Das Bindungsgefüge ist naturgemäss synallagmatisch.[17] Bedeutungsvoller sind Vereinbarungen über Absatzgestaltung im *parteiexternen Verhältnis,* d.h. gegenüber dritten Käufern. Man begegnet ihnen zur Hauptsache als Händlerbindungen[18] in zwei Formen: Die einen verlangen generell ein bestimmtes Absatz- resp. Unternehmensverhalten, im besonderen einen bestimmten Einsatz von Marketing-Instrumenten, unabhängig von der einzelnen Kundenbeziehung oder vom einzelnen Austauschprozess.[19] Andere hingegen schreiben nachdrücklich vor, auf welchen Inhalt der Vertrag zwischen dem Händler und seiner Klientel zustandezukommen hat, sei es in Einzelteilen[20], sei es in seiner Gesamtheit.[21] Stellt man die Bindungen des Warenlaufs denjenigen der Angebotsgestaltung gegenüber, fällt auf, dass jene (in aller Regel)[22] fatalere Wettbewerbsstörungen auslösen.[23] Sie fassen einmal die Kontrahenten härter an, weil ihnen Abschlussfreiheit genommen wird, sonach Geschäftspartner gänzlich verschlossen bleiben. Vor allem aber müssen Dritte dem Wettbewerb fernbleiben. Intra-brand-

16a Ausnahme: Sonderfall Konkurrenzverbot.

17 Dies betrifft selbstverständlich den ordentlichen kaufvertraglichen Rahmen. Hier sind des weitern einzuordnen: Informations- und Kooperationsbindungen, Mindestabnahmepflichten, marketing-politische Bindungen des Herstellers.

18 Die einzige Klausel, die den Hersteller in der Ausgestaltung seiner Drittbeziehungen hindert, ist die (rare) qualifizierte Absatzbindung.

19 Absatzförderungspflicht, marketing-politische Bindungen (Einrichtung, Ausstattung, Werbung, Sortiment), Konkurrenzverbot, Warenzeichenklausel.

20 Beispiel: Qualifizierte Vertriebsbindung.

21 Der Hersteller bestimmt ein Vertragsmuster, auf dessen Vorlage seine Händler zu kontrahieren haben. (Vergl. vorn 201 f.).

22 Ausnahmen mögen Bindungen der Angebotsgestaltung darstellen, die wettbewerbspolitisch besonders gewichtige Austauschbedingungen fixieren. (Hauptfall: Preis).

23 Offenbar gl.M. ULMER, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 164.

(oder gar Inter-brand-) Wettbewerb schwindet dadurch, dass die Zahl der Mitspieler dezimiert wird. Die Alternativenbegrenzung findet in quantitativer Hinsicht statt.[24]

Bindungen der Angebotsgestaltung schreiben bloss die Geschäftsverkehrsplanung fest. Kontrahenten büssen wohl Vertriebsmodulationsfreiheit, nicht aber Austauschgelegenheiten ein. Sie verschonen den Inter-brand-Wettbewerb und halten keine Nachfrager vom Vertragswarenabsatz fern. Lediglich deren Bezugsbedingungen werden fixiert. Intra-brand-Wettbewerb wird nur insoweit berührt, als er in bestimmten Formen, nämlich nach dem gewollten Einsatz der Marketing-Instrumente, ablaufen muss. Alternativen werden (Vertragsbeteiligten wie Dritten) nur in qualitativer Hinsicht vermindert.

Innerhalb der Absatzgestaltungsbindungen wiegen die das parteiexterne Verhältnis belegenden schwerer. Für das Parteiinnenverhältnis getroffene Vereinbarungen strahlen lediglich im Soge des "natürlichen" Fortpflanzungseffektes auf Dritte aus.[25] Klauseln bezüglich Parteiaussenbeziehungen schlagen sich hingegen direkt in den (qualitativen) Bezugsbedingungen der Käufer nieder. Befiehlt die Vereinbarung ein generelles Absatzverhalten des Händlers, ist für sie das Leistungsprofil ihrer Lieferanten vorgegeben,[26] ohne freilich die Geschäftsbeziehungen als solche festzulegen. Wird dem Händler ein bestimmter Vertragsinhalt vorgeschrieben, sind auch sie im gebündelten Umfang um Varianten beliebiger Privatrechtsgestaltung ärmer.[27]

24 Die Unterscheidung zwischen quantitativer und qualitativer Begrenzung von Beschaffungsalternativen wurde bereits vorn (264) angezeigt.

25 So verbessern Kooperations- oder Informationspflichten des Herstellers das händlerische Angebot und damit die Bezugsbedingungen nachgehender Abnehmer.

26 Solche Klauseln bestimmen, mit welchen Vertriebsleistungen und -eigenschaften die Händlerkunden (nicht) rechnen dürfen.

27 So verfügen Preisbindungen die Bezugsentgelte und machen qualifizierte Vertriebsbindungen die Belieferung von der Übernahme eigener Vertriebsvorschriften abhängig.

2. Insb.: Umfang der gebundenen Aktionsparameter

Auf die Unterteilung in Bindungen des Warenflusses oder der Angebotsgestaltung stösst man auch mit der Frage nach den von der Vertikalbeschränkung gebundenen Aktionsparametern. Jedermann weiss, dass Wettbewerbsschlachten mit unterschiedlichen Marktstrategien geschlagen werden. Der eine mag dank seines Preises, der zweite dank seiner Qualität, ein dritter dank seines Kundendienstes obsiegen. Die unternehmerische Erwerbsaussicht kann von jedem einzelnen dieser *Aktionsparameter*[28] abhängen. Sie "bilden in der Hand des Unternehmens das für seinen Geschäftserfolg entscheidende Waffenarsenal".[29] In seiner Lehre von den Wettbewerbsbeschränkungen weist SANDROCK nach, dass sich Konkurrenz eben in Auswahl und Variation solcher Aktionsparameter äussert.[30] Wettbewerb lässt sich alsdann auffächern in Unterformen und findet (beispielsweise) als *Preis-, Qualitäts-, Nebenleistungs- oder Werbekonkurrenz* statt. Daraus folgt, dass Wettbewerbsabsprachen sämtliche oder nur ausgewählte Unterformen des Wettbewerbs einfrieren können.

Nach dem Umfang der betroffenen Aktionsparameter hat man Vertikalbeschränkungen aufzugliedern in *partielle* und *totale.*[31] Erstere ordnen lediglich den Einsatz gewisser Kampfmittel. Nur sie

28 Zum Begriff des *Aktionsparameters* im hier unterstellten Sinn SANDROCK, Grundbegriffe, 97. – Nichts anderes meint POECHE (3435), wenn er von "Wettbewerbsmittel" spricht. – Vergl. im weiteren GLEISS/HIRSCH, Kommentar, 95 und BLECKMANN 303.

29 SANDROCK, Grundbegriffe, 98.

30 Den Wettbewerbshandlungen will er freilich nicht die Variation sämtlicher Aktionsparameter zuordnen, sondern nur solcher, die sich im Geschäftserfolg niederschlagen, d.h. "die praktisch als Bestimmungsgründe in eine Absatzfunktion eingehen". (A.a. O. 162 f., insbesondere 163, in Anlehnung an den Absatzfunktionsbegriff bei KRELLE W., Preistheorie, Tübingen/Zürich 1963, 3; vergl. im Zusammenhang auch 168 f., wo – nicht immer überzeugend – eine Übertragung des wettbewerbstheoretischen Begriffs der Wettbewerbshandlung auf das Wettbewerbsrecht gefordert wird).

30a Ausführlich und anschaulich darüber POECHE 3435 f.

31 Ähnlich SANDROCK, Grundbegriffe, 396.

beliebig zu manipulieren wird den Gebundenen untersagt. Es darf um sämtliche Kunden geworben werden, aber nur innerhalb der vom Produzenten erstellten Turnierregeln. Damit wird nicht Wettbewerb schlechthin, wohl aber in den beschlagenen Unterformen ausgeschaltet.[32]

Anders die totalen Wettbewerbsbeschränkungen. Hier ist dem Schuldner gar um bestimmte Abnehmer oder Lieferanten sich zu bemühen verwehrt. Den Ausgesperrten gegenüber dürfen überhaupt keine Aktionsparameter eingesetzt werden, muss Wettbewerb also gänzlich ausfallen.

Die Parallele zu den Warenlauf- und Angebotsgestaltungsklauseln sticht ins Auge: Bindungen, die den Vertriebsweg von Produkten vorschreiben, schliessen unerwünschte Geschäftspartner völlig aus, sind somit totale Wettbewerbsbeschränkungen. Weisungen über das Angebot befehlen (oder verbieten) einen bestimmten Einsatz bestimmter Aktionsparameter, bilden demnach Wettbewerbsbeschränkungen partieller Natur.

III. Wettbewerbswirkungen der einzelnen Beschränkungstypen

1. Selektion

a) "Partei"-Wirkungen

Als Vorgang tatsächlicher Art vollzieht sich die Selektion – für sich genommen – bindungsfrei.[33] Weder Auswählender noch Ausgewählter laden sich Pflichten auf. Der Hersteller kann jederzeit auf seine Wahl, der Händler auf sein Akzept zurückkommen. Keiner der beiden schreibt Wettbewerbsfreiheit ab.

32 ULMER (Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 181) redet vom "Wettbewerb bei den spezifischen Handelsleistungen (Sortiment, Beratung, Kundendienst u.a.)".

33 Druckanwendung oder Abstimmung des Verhaltens bleiben im folgenden unberücksichtigt.

b) Drittwirkungen

Dagegen entfaltet jede Selektion Drittwirkungen auf die *Nicht-Selektierten.* Das sind ersichtlich die Rivalen der auserkorenen Händler, für die der Produzent als Bezugsalternative ausfällt. Wieweit ihnen im einzelnen Handlungsfreiheit genommen ist, bestimmt die Stringenz der herstellerischen Selektionspolitik. So wird bei der qualitativen Selektion der Anbieter wieder zugänglich, wenn ein Nachfrager das geforderte Absatzleistungsvermögen ausweist.[34] Bei der quantitativen Selektion jedoch fallen sämtliche Belieferungschancen aus, sobald das Plansoll an Vertriebsstellen aufgefüllt ist.[35] Selektionsentscheide bringen aber nicht bloss den unmittelbaren Stufennachbarn, sondern wiederum dessen Abnehmer um Tauschvarianten. Wer etwa die Grosshändlerzahl beschränkt, dezimiert auch Einkaufsmöglichkeiten der Einzelhändler (und damit der Konsumenten). Man steht mithin vor dem gleichen Überwälzungseffekt wie bei den Warenflussbindungen.

2. Bindungen des Warenlaufs

a) Parteiwirkungen

aa) Absatzbindungen

Absatzbindungen verwehren dem *Hersteller* eine beliebige Steuerung seines *Absatzes.* Sie behindern seine Händlerauswahl und sonach seine Abschlussfreiheit. Welche Selektion ihm aufgenötigt wird, entscheidet die Art der Absatzbindung. Bei den persönlichen hat er auf gewisse Vertriebseigenschaften der Abnehmer achtzuhaben. Sind sie marktstufenspezifisch gerichtet, werden ihm

34 Je nach den Selektionsbedingungen sind die Unterschiede allerdings beträchtlich; die Abgrenzung zur quantitativen Selektion kann fliessend sein. (Vergl. vorn 54 f.).

35 Hierüber auch vorn 55.

Angehörige bestimmter Wirtschaftsstufen als Kunden entzogen.[36] Direktverkaufsklauseln[37] etwa regeln seinen Warenaustausch mit Endverbrauchern.[38] Die marktstufenindifferenten Bindungen nehmen ihm die Freiheit, nach Belieben unter stufengleichen Händlern auszuwählen.[39]

Bedeutungsvoller und einschneidender[40] ist – als räumliche Absatzbindung – die Alleinvertriebsklausel.[41] Die gesamte Distribution im Vertragsgebiet muss sich als Exklusivverkehr über den Alleinvertreter abwickeln.[42] Der Hersteller verschliesst sich sämtliche Ausweichvarianten im Warenvertrieb.[43]

bb) Bezugsbindungen

Die Bezugsbindung begrenzt die Beschaffungsfreiheit des *Händlers*. Sie bringt ihn um die Chance, sich nach Wunsche beim bevorzugten Lieferanten einzudecken.[44] Solche Eingriffe in die

36 Zu den einzelnen Arten von Absatzbindungen vorn 170 f.

37 Direktlieferverbote, beschränkte Direktverkaufsvorbehalte.

38 Hier wird – für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen eine Ausnahme – im Reflex auch parteiinterner Wettbewerb zwischen den Kontrahenten beschränkt.

39 Vergl. den Kommissionsentscheid SABA 25.

40 Unverständlich LÖWISCH 108.

41 Dazu vorn 174 f.

42 Vergl. über die parteiinternen Wirkungen der Alleinvertriebsbindung SCHLUEP, AVV I, 50, ders., AVV II, 275, BIEDENKOPF, Wettbewerbsbeschränkung, 23, RITTNER, Ausschliesslichkeitsbindungen, 28 f.; dazu auch MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 245 (für kollektiven Alleinvertrieb).

43 Er hat die Konkurrenz des Alleinvertreters zu meiden; aber auch Sprung- und Direktlieferungen sind ihm untersagt. (Vergl. vorn 175 f.) – Darüber hinaus werden ihm keine Pflichten überbürdet. Er hat seinen Händlern nicht Gebietsschutzbindungen aufzuladen (qualifizierte räumliche Absatzbindung) und verzichtet (in der Regel) nicht auf zweigleisigen Vertrieb. (Näheres vorn 176 f.).

44 Nichts ändert sich grundsätzlich, wenn anderweitiger Bezug nicht schlechterdings verboten, aber zustimmungsbedürftig ist. Allemal bleibt die Beschaffungspolitik fremdbestimmt. (Vergl. immerhin SCHMITT 43).

*Bezugs*mobilität können hinsichtlich der Herstellererzeugnisse selber erfolgen.[45] Die Aussperrung von Vertragswarenlieferern mag sich nach persönlichen Eigenschaften – abhängig[46] oder unabhängig von der Marktstufe – richten oder auf das Domizil abstellen (Verbot des Einkaufs über die Grenze).[47] Sortimentsgestaltungsfreiheit büsst ein, wer Bezugsbindungen betreffend Fremdwaren eingeht. Dem Händler verbleibt keine Möglichkeit, günstigere Bezugsangebote anderer Produzenten zu erschliessen. Meist muss er den Vertragswaren in seinem Sortiment eine Monopolstellung dadurch einräumen, dass er Konkurrenzartikel zu meiden verspricht.[48] Überhaupt jede Lieferantenwahl verliert der Einproduktehändler, der sich auch den Bezug nicht konkurrierender Waren untersagen lässt. Hier ist jeder risikovermindernder Sortimentsdiversifikation ein Riegel geschoben.[49]

cc) Vertriebsbindungen

Wiederum geht dem *Händler* Handlungsfreiheit verloren, diesmal im Bereiche seines *Absatzes.* Die erworbenen Vertragswaren an irgendeinen weiterzuliefern, sich nach eigenem Gutdünken ein Vertriebsnetz aufzubauen, Gelegenheitsverkäufe an Einzelgänger zu

45 Diese Bezugsbindungen betreffend Vertragswaren haben keinen direkten Einfluss auf die händlerische Sortimentszusammensetzung, da sie nur das *"Wo"*, nicht aber das *"Was"* des Einkaufs vorschreiben.

46 Zu erwähnen ist namentlich eine Pflicht zum Exklusivbezug (der Vertragswaren) beim Hersteller. Sie macht es unmöglich, quer beim Händlerkollegen zu bestellen.

47 Zum Gebietsschutz hinten 273 f.

48 Vergl. zu den Auswirkungen der Bezugsbindung für (konkurrenzierende) Fremdwaren WINKEL 51, RITTNER, Ausschliesslichkeitsbindungen, 24 f., BIEDENKOPF, Wettbewerbsbeschränkung, 23, BELLAMY/CHILD 192, SANDROCK, Grundbegriffe, 417, SCHLUEP, AVV I, 51, ders., AVV II, 275, LÖWISCH 100, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 244 (für Kollektivabsprachen); ferner BELKE, Kartellgesetznovelle, 249 sowie die Kommission im Gewürze-Entscheid 23 und im 7. Wettbewerbsbericht 22.

49 Die besonders weitreichende Freiheitsvergabe erkennt offensichtlich auch LÖWISCH 101.

tätigen; all dies ist ihm vereitelt.[50] Welchen Absatzgelegenheiten er im einzelnen verlustig geht, hängt von der auferlegten Bindungsart ab.[51] Unter den persönlichen Vertriebsbindungen hindern ihn die marktstufenspezifischen an Verkäufen ausserhalb des klassischen Absatzkanals. Mithin sind sämtliche (im besondern auch grenzüberschreitende)[52] Quer-, Rück- und Sprunglieferungen verboten.[53] In anderer Weise beengen ihn marktstufenindifferente Vertriebsbindungen. Sie schreiben ihm die Güte seiner Absatzstellen (Diktat qualitativer Selektion) oder gar deren Anzahl (Diktat quantitativer Selektion) vor. Die räumlichen Vertriebsbindungen schliesslich rauben ihm Absatzmöglichkeiten in fremden Markträumen.[54]

dd) Gebietsschutzbindungen

aa) Herstellerbindung

Soweit der *Hersteller* Gebietsschutzklauseln übernimmt, liegt – als qualifizierte (räumliche) Absatzbindung – recht eigentlich eine *Angebotsgestaltungs*klausel vor.[55] Er lässt sich auf einen spe-

50 Hiezu die Kommission: "Die BMW-Direkthändler sind BMW gegenüber bezüglich der Auswahl von BMW-Händlern ... Verpflichtungen eingegangen ..., die ihnen für eigene, von den Absichten von BMW abweichende absatzpolitische Erwägungen bei der Einschaltung von Händlern wenig Raum lassen. An die Stelle einer Vielzahl solcher absatzpolitischer Entscheidungen der BMW-Direkthändler tritt die vom Willen von BMW abhängige Auswahlentscheidung." (BMW-Entscheid 5) – Vergl. auch SCHWARTZ, Kommentar, 52 und 62, SCHLUEP, AVV I, 51, LÖWISCH 97 sowie BELKE, Kartellgesetznovelle, 251 f.

51 Über die Vertriebsbindungsarten vorn 193 f.

52 Da der Händler schlechthin bestimmte Marktstufenlieferungen zu unterlassen hat, sind davon auch solche über die Grenze erfasst. Namentlich an den Einzelhändler adressiert, wirken sie sich aus wie räumliche Vertriebsbindungen. (Zutreffend z.B. Philips-Entscheid 42).

53 Vergl. für das Querlieferverbot den Gerofabriek-Entscheid 11.

54 Über den Gebietsschutz sh. den nachfolgenden Abschnitt.

55 Zu der qualifizierten Absatzbindung eingehender hinten 283.

zifischen Inhalt seiner Händlerverträge festlegen und verliert jene Absatzstellen, die sich in ihren Import- und Exporttätigkeiten einzudämmen nicht willens sind.[56]

β) *Händlerbindung*

Bekanntlich beinhaltet *händlerischer* Gebietsschutz räumliche *Vertriebs-* und (oder) *Bezugs*bindungen.[57] Somit treten die beschriebenen[58] Freiheitsbeschränkungen des Abnehmers ein, bezogen auf den grenzüberschreitenden Güteraustausch. Hier werden ihm Exporte, dort Importe abgebunden; jeder Geschäftsverkehr muss sich innerhalb des zugewiesenen Vertragsrayons abspielen.[59]

b) Drittwirkungen

aa) Absatzbindungen

Weil Absatzbindungen den Produzenten auf Abnehmerbeschränkung hinhalten, erzeugen sie bei den *Nachfragern* Drittwirkungen, gegen die sich die Geschäftsverweigerungsorder richtet. Sie beeinträchtigen die *Bezugs*freiheit dieser Ausgesperrten[60] und lenken den Vertragswarenfluss durch Eingrenzung des Kreises der Erst- oder Direktabnehmer. Getroffen ist allemal (und ausschliesslich) *Intra-brand-Wettbewerb,* indem die Zahl seiner Teilnehmer

56 Ebenso SCHLUEP, AVV I, 51.

57 Vergl. vorn 216 f.

58 Vorn 271 f.

59 Vergl. BELKE, Relevanter Markt, 260, KLAUSING 74, Philips 41, Arthur Bell 17 sowie SABA-Stellungnahme 289.

60 Vergl. etwa SCHWARTZ, Kommentar, 61 f.

künstlich herabgesetzt wird.[61] Im besonderen wird die Auslesefunktion des Wettbewerbs auf der Nachfragerseite gestört. Der Produzent bedient nämlich nicht – wie von der Regel des Systems geboten – als unbefangener Schiedsrichter die jeweils tauglichsten und gewinnbringendsten, sondern die vertraglich diktierten Abnehmer.[62] Wo die Händlerbeschränkung auch erfolgen muss: ihre Auswirkungen greifen stets auf die nachfolgenden Marktstufen über, letztendlich bis hin zum Konsumenten.

Im einzelnen sind den verschiedenen Bindungstypen folgende Drittwirkungen nachzuweisen: Unter den persönlichen Absatzbindungen behindern die marktstufenspezifischen sämtliche Angehörigen der auszulassenden Stufe. Sie haben sich beim zuständigen Zwischenhandel einzudecken. Damit wird unverkennbar der Intrabrand-Wettbewerb zwischen Handel und Hersteller gestört.[63] Dies gilt vorab für die Direktlieferklauseln.[64] Bei den marktstufenindifferenten Absatzbindungen müssen sämtliche nicht autorisierte Händler auf unmittelbare Produzentenlieferungen verzichten. Sie beschränken somit den Händlerwettbewerb (als Intra-brand-Wettbewerb) auf der beschlagenen Marktstufe.[65] Die grösste Schar

61 Interbrand competition – insb. als Herstellerwettbewerb – bleibt intakt. (Richtig – für den Alleinvertrieb – PRÖBSTING 142 und LÖWISCH 107) Auch unter Händlern kann er schrankenfrei spielen, soweit man von der sortimentsinternen Konkurrenz bei den gemiedenen Absatzstellen absieht.

62 Diese meist für die Alleinvertriebsklausel herausgestellte Beeinträchtigung der Rolle des "Schiedsrichters" gilt für sämtliche Absatzbindungen. (Hierüber vor allem BIEDENKOPF, Wettbewerbsbeschränkung, 23 f.).

63 Zur Bedeutung des Intra-brand-Wettbewerbs zwischen Hersteller und Händler vergl. etwa das Votum von Justice BRENNAN im White Motor-Fall, wiedergegeben bei NEALE 223.

64 Sie beschränken das Ringen zwischen dem Hersteller und seinen eigenen Vertriebsstellen um die Gunst des Endverbrauchers. Direktlieferverbote beseitigen jede Konkurrenz, beschränkte Direktverkaufsrechte teilen (in der meist praktizierten Form) die Kundschaft auf (Grossabnehmer an Hersteller). Dem Konsumenten entgeht stets die Chance einer Auslese zwischen diesen unterschiedlich strukturierten Anbietern, dem "gewöhnlichen" zumal diejenige auf Direktlieferung durch den Hersteller. (Zutreffend BMW-Entscheid 5).

65 Dies gilt selbst für den Fall, dass für den Produzenten eine Ausweitung des Vertriebsnetzes an bestimmte Voraussetzungen geknüpft ist. Hier können potentielle Bezüge nur bei Eintritt der Bedingung zu aktuellen werden. (Vergl. BMW-Entscheid 5).

abgeriegelter Händler hinterlässt die Alleinvertriebsklausel. Wie jede Ausschliesslichkeitsabrede erstrebt sie, die Konkurrenten des Begünstigten vom Markte zu verdrängen.[66] Zwar sind diese nicht schlechthin vom Vertragswarenabsatz ausgeschlossen, monopolisiert ist indessen der Direkteinkauf.[67] Also spielt auf dieser Marktstufe kein Wettbewerb zwischen Konkurrenten mit nämlichen Bezugsbedingungen.[68] Entsprechend verringern sich die Beschaffungsvarianten der nachgehenden Handelsstufen.[69] Der Konsument endlich verspürt den Alleinvertrieb gleich doppelt: Er schafft regelmässig gelichtete Einzelhändlernetze[70] und verschliesst ihm einen unmittelbaren Erwerb beim Hersteller.[71] Damit begrenzt er sowohl den Intra-brand-Wettbewerb zwischen Verteilern wie auch denjenigen zwischen Handel und Hersteller.

66 Zu diesen normativen Drittwirkungen der Ausschliesslichkeitsbindungen MESTMÄCKER, Ausschliesslichkeitsbindungen, 621, RUHWINKEL 10, RITTNER, Ausschliesslichkeitsbindungen, 17 f.

67 Niemandem als dem Exklusivvertreter stehen die Geschäftsverbindungen zum Hersteller offen. Wohl versiegt der Konkurrenz nicht jede Bezugsquelle für die Vertragswaren. Sie sind zu den üblichen Konditionen über händlerische Querbezüge erhältlich. Ihr ist aber ein (mindestens um eine Handelsspanne) höherer Einstandspreis aufgezwungen. (Vergl. VON DER GROEBEN, Handbuch, 99 und BELKE, Relevanter Markt, 256).

68 Über die Wirkungen des Alleinvertriebs WINKEL 54 f., SCHWANKE 42, BELLAMY/CHILD 173 f., EWALD, AVV, 114, SCHEUFELE, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 1637, BENEDICT 151, SCHULTE-MÄTER 10, VON GAMM 54, SCHMIDT 313, SCHLUEP, AVV I, 52, ders., AVV II, 275, RUHWINKEL 32, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 329, LÖWISCH 107; aus der Praxis der EG-Wettbewerbsbehörden die Entscheide Omega 25, Duro-Dyne/Europair 12, Jallatte/Voss/Vandeputte 123 und D.R.U./Blondel 256.

69 So auch SCHLUEP, AVV I, 52 und SCHEUFELE, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 1637 f.

70 Weil regelmässig nur die vom Alleinvertreter bestellten Absatzglieder die Erzeugnisse anbieten.

71 Wie vorn (175 f.) erläutert, schliesst jede Exklusivvertriebsklausel ein Direktverkaufsverbot ein.

bb) Bezugsbindungen

Die Bezugsbindung trifft sämtliche potentielle *Lieferanten,* die den gebundenen Händler nicht *anliefern* können. Sie durchkreuzt damit die nach dem Marktspiele dem Nachfrager zugedachte Preisrichterfunktion, sich unter vielen das allerbeste Angebot auszusuchen.[72] [73] Die Drittstörungen der einzelnen Bindungsarten sind hiebei unterschiedlich:

Solche bezüglich Vertragswaren hindern die Herstellererzeugnisse antragenden Lieferanten an einem Verkauf an die verpflichteten (autorisierten!) Händler. Sie organisieren den Vertragswarenstrom und sonach den *Intra-brand-Wettbewerb.*[74] Selbst die netzinterne Konkurrenz darf nicht frei ablaufen. Die persönliche Bezugsklausel kann Anbieter mit oder ohne Blick auf deren Marktstufenzugehörigkeit absperren,[75] die räumliche verunmöglicht in andern Vertragsgebieten ansässigen Händlern Exporte an den Bindungsschuldner.[76]

Durchaus andere Wettbewerbshemmnisse verursachen Bezugsabsprachen über Fremdwaren. Sie sind klassische Ausschliesslichkeitsvereinbarungen mit der vertrauten Ausschlusswirkung auf der Marktseite des Binders. Rivalen des Herstellers gehen Vertriebsgestaltungsfreiheit verlustig, da ihnen die gebundenen Händler als Kunden fernbleiben. Es ist der Marktzutritt über die exklusiven

72 Es gilt spiegelbildlich das zu den Absatzbindungen Ausgeführte. In Anlehnung an F.W. MEYER redet WINKEL (51) davon, "dass dieser Händler zugunsten eines bestimmten Herstellers 'korrumpiert' ist".

73 Abermals macht keinen Unterschied, wenn solche Bezüge bloss zustimmungsbedürftig sind.

74 Vergl. die ausführlicheren – weil aktuelleren – Erörterungen der entsprechenden Vertriebsbindungen hinten 280 f.

75 Soweit marktstufenspezifische Vorschriften bestimmte Glieder des Vertriebsnetzes (ihrer Funktion wegen) ausschliessen, wird Händlerwettbewerb beeinträchtigt. Ist dagegen exklusiver Einkauf beim Produzenten befohlen, wird der Intra-brand-Wettbewerb zwischen Handel und Hersteller vereitelt. Abmachungen, die auf generelle Querlieferblockaden hinzielen, schneiden auch (und gerade) grenzüberschreitenden Warenverkehr ab. Sie erzeugen Gebietsschutzeffekt. (Vergl. z.B. STÖVER 107).

76 Zum Gebietsschutz hinten 282.

Absatzstellen zugeschnürt.[77] Man erkennt, dass nunmehr Fremdwaren abgehalten werden, folglich eine Beschränkung von *Interbrand-Konkurrenz* vorliegt. Natürlich steht der verminderte Produzentenwettbewerb im Vordergrund.[78] Doch wird auch Händlerwettbewerb gebremst, soweit die verpflichteten Abnehmer als Konkurrenten der von fremden Herstellern belieferten ausfallen.[79]

Die Ausschliesslichkeit im Bezug gestaltet sich rigoroser als das Analogon im Absatz. Denn ihr Ausschlusseffekt ist total und lässt sich nicht durch händlerische Querlieferungen dämpfen.[80] Dazu tritt ein weiteres: Selbst wenn diese Bindung nur als Verbot des Vertriebs konkurrierender Waren in bestimmte Absatzmärkte ausfällt, wirkt sie auf die Bezugsseite hin universell. Wem Konkurrenzerzeugnisse nach Japan oder Australien auszuliefern untersagt ist, der darf (für eben diese Verkaufstätigkeit) überhaupt keine solchen – von wo auch immer – beziehen.[81] Exklusivabsprachen für Fremdwaren sind – anders als der Alleinvertrieb – nicht auf ein vorgegebenes Vertragsrayon eingrenzbar.[82]

77 Vergl. etwa WINKEL 51 f., SANDROCK, Grundbegriffe, 417, SCHMIDT 313 f., FULDA 305, BELLAMY/CHILD 174, SCHULTE-MÄTER 10, SCHLUEP, AVV I, 52, ders., AVV II, 275, MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, 329, MÜLLER-FEMBECK 110, RITTNER, Ausschliesslichkeitsbindungen, 17 f., HAGENAUER 133, RUHWINKEL 33, STÖVER 102 f., LÖWISCH 99. – Aus der EG-Praxis die Entscheide BMW 5, Goodyear 11, Jallatte/Voss/Vandeputte 153 f., Rieckermann/AEG-Elotherm 27, Gewürze 23; ferner 7. Wettbewerbsbericht 22.

78 Bezugsbindungen für Fremdwaren bezwecken vor allem die Elimination anderer Hersteller.

79 Dem Bezugsgebundenen ist selbstredend auch beim Händlerkollegen mit Fremdwaren sich einzudecken untersagt. Dass nicht nur Herstellerwettbewerb eingedämmt ist, wird des öftern übersehen. (Vergl. z.B. MÜLLER-FEMBECK 110 und SCHULTE-MÄTER 10).

80 Vergl. zu den entsprechenden "Korrekturen" bei der Alleinvertriebsklausel vorn 276.

81 Anschaulich Rieckermann/AEG-Elotherm 27; vergl. hier auch SCHWARTZ, Ausschliesslichkeitsverträge, 198 f., KIRSCHSTEIN, EWG-Kartellrecht 1968, 226 sowie die Erläuterungen des Gerichtshofes im Concordia-Urteil 92.

82 Treten Ausschliesslichkeitspflichten im Absatz und im Bezug gar verkoppelt auf, steigern sie sich "zu einem geschlossenen monopolähnlichen Wechselverhältnis, das sich nahezu völlig dem Marktspiel und den Einwirkungen von Seiten der übrigen Marktteilnehmer entzieht." (RITTNER, Ausschliesslichkeitsbindungen, 30 f.).

Noch weiter sind die Kreise der ausgeschlossenen Anbieter gezogen, wenn die Bezugsbindung auch Nicht-Konkurrenzprodukte erfasst.[83] Hier entgeht der pflichtige Händler als Absatzalternative jedwedem Lieferanten.

Selbstredend entfachen all diese Bezugsvorschriften auch materielle Wettbewerbsbeschränkungen auf gegenüberliegenden Marktseiten. Diejenigen bezüglich Vertragswaren mögen die Versorgung mit den Bindererzeugnissen beeinträchtigen.[84] Greifbarer sind die Verlängerungen indes bei den Fremdwarenbindungen. Sie verringern die Bezugsgelegenheiten für Produkte anderer Hersteller. Die Einschränkung des Inter-brand-Wettbewerbs ist somit bis hin zum Konsumenten spürbar, dem zumal die sortimentsinterne Konkurrenz beim Einzelhandel vorenthalten wird.[85]

cc) Vertriebsbindungen

Wie die Absatzbindung entzieht auch die Vertriebsbindung all jenen *Nachfragern* Planungsfreiheit, die nicht in die Distributionsorganisation aufgenommen werden dürfen. Sie müssen Verzicht leisten auf Belieferung durch die gebundenen Händler.[86] [87] Vertriebsbindungsklauseln mindern ausschliesslich den *Intra-brand-Wettbewerb;* sie zeichnen den Weg der Vertragswaren vor. Da die Abnehmer des Herstellers Geschäftsverweigerung schulden, berührt die Abrede auch ausschliesslich den Händlerwettbewerb. Man wird

83 Ähnlich wohl LÖWISCH 99 f.

84 Versorgungsengpässe dürften sich freilich nur selten einstellen, nämlich solange nicht, als die genehmigten Lieferanten genügend zu liefern in der Lage sind.

85 Vergl. zu diesen Ausstrahlungswirkungen RITTNER, Ausschliesslichkeitsbindungen, 125 f., SANDROCK, Grundbegriffe, 499, WINKEL 52, SCHLUEP, AVV I, 52 und SCHULTE-MÄTER 10; illustrativ vor allem RUHWINKEL 30 f.

86 Vergl. SCHWARTZ, Kommentar, 52 und 62, SCHULTE-MÄTER 11, SCHLUEP, AVV I, 52 und LÖWISCH 97 f; unrichtig WINKEL (160), der nur die Bezugsbeschränkungen für die angelieferten Händler beachtet.

87 Auch Vertriebsbindungen sind in ihren Wirkungen nicht anders zu würdigen, wenn eine herstellerische Erlaubnis ausbedungen wird. (Vergl. Philips-Entscheid 42).

im Zusammenhang jedoch zu fragen haben, ob nicht nur netzexterne Kunden aus der Intra-brand-Konkurrenz verdrängt sind, sondern gar der netzinterne Wettbewerb nicht frei sich abspielen darf.[88] Welchen potentiellen Drittbezügern auszuweichen ist, erweist der einzelne Abspracheinhalt:[89]

Die persönlichen Vertriebsbindungen boykottieren Nachfrager gewisser Funktionsmerkmale wegen. Die marktstufenspezifischen im besonderen ächten auf bestimmten Stufen tätige, gleichviel, ob sie dem Vertriebsnetz des Produzenten zugehören oder nicht. Die nicht autorisierten Händler werden von einem Vertragswarenbezug schlechthin abgehalten, die autorisierten von einem solchen ausserhalb der traditionellen Vertriebskette. Die Wettbewerbsbeschränkung findet sonach auch innerhalb der Absatzorganisation statt.[90] Die Querlieferregeln[91] etwa untersagen Verkäufe unter Marktstufengleichen und blockieren damit jeden – vor allem auch den netzinneren – Übergrenzaustausch.[92] In gleichem Ausmass – nämlich netzintern wie netzextern, binnenstaatlich wie zwischenstaatlich – legen Längsverkaufsverbote (für Sprung- oder Rücklieferungen) bestimmte vertikale Warenbezüge lahm.[93]

Anders die stufenindifferenten Vertriebsbindungen. Sie gewähren freies Marktspiel innerhalb der Distributionssysteme. Betroffen sind lediglich die ihm nicht angeschlossenen Händler. Ihnen wird aber jeder Zutritt zum Markt der Vertragswaren abgeriegelt.[94] Die Ausschlusswirkungen selber hangen von der Strenge der in der Vertriebsbindung angeordneten Selektion ab. Ist sie qualitativ zu vollziehen, gewinnt immerhin die Beschaffungsfreiheit

88 Richtig die Fragestellung bei SCHMITT, Schwerpunkte, 103.

89 Vergl. die Zusammenstellung vorn 193.

90 Wie hier SCHMITT, Schwerpunkte, 103.

91 Querlieferverbote oder Längsliefergebote.

92 Vergl. die Entscheide Dior/Lancôme 71, Philips 42 sowie GRAUEL 486.

93 Für das Rücklieferungsverbot Philips-Entscheid 42.

94 Vergl. BMW-Entscheid 5.

zurück, wer dem Anforderungsprofil genügen kann (oder will). Bei der quantitativen bleibt der Händler selbst für diesen Fall ausgeschlossen, wenn er nicht im der Zahl nach begrenzten Kreis Aufnahme findet.[95]

Die räumlichen Vertriebsbindungen verhindern Importe aus fremden Markträumen, abermals unbesehen der Netzzugehörigkeit des einfuhrwilligen Abnehmers. Hier verlieren autorisierte und nicht autorisierte Händler Planfreiheit, mithin wird auch der Wettbewerb im Organisationsinnern paralysiert.[96]

Endlich weiten sich die Vertriebsbindungswirkungen über den gesamten Marktstufenkomplex aus. Sie verdünnen durchgängig die Absatz- und damit die Bezugsstellenzahl für Vertragswaren. Auch der Konsument muss sie verspüren. Die Sprunglieferverbote des Grosshandels verunmöglichen ihm, direkt bei diesem zu beziehen,[97] Ausfuhrbeschränkungen hindern ihn, über die Marktgrenze hinweg einzukaufen. Ausserdem ist das Vertragswarenangebot auf der Einzelhandelsstufe verengt.[98]

dd) Gebietsschutzbindungen

a) Herstellerbindung

Den verpflichteten Produzenten müssen all jene *Händler* als Lieferanten entbehren, die keine Gebietsschutzklausel einzugehen

95 Vergl. die Ausführungen von Generaldirektor SCHLIEDER, wiedergegeben bei CANENBLEY, Diskussionsbericht, 202, sowie SABA-Entscheid 5. Es bleibt daran zu erinnern, dass – je nach den Selektionskriterien – die Marktzugangsbarrieren unterschiedlich ausfallen.

96 Zutreffend wiederum SCHMITT, Schwerpunkte, 103 f.

97 So auch die Kommission im Entscheid Philips 42.

98 Zu den Fortpflanzungseffekten der Vertriebsbindungen vergl. LÖWISCH 96, SCHULTE-MÄTER 11, SCHMITT, Schwerpunkte, 103 und SCHLUEP, AVV I, 52.

geneigt sind. Wer sich ihr aber unterzieht, vergibt die Chance gewinnbringender Exporte und Importe. Ferner färben die Drittausschlüsse auf gemiedene Händler und auf den Verbraucher ab.[99]

β) *Händlerbindung*

Räumliche Vertriebs- und Bezugsbindungen verwehren dem *Händler,* über die Grenze einzukaufen oder zu verkaufen. Sie stören massgeblichst die *Intra-brand-Konkurrenz,* indem sie hiefür regional abgeschottete Teilmärkte schaffen.[100] Da Übergrenzlieferungen mit nicht autorisierten wie mit autorisierten Händlern unterbunden werden, kann sich selbst der netzinterne Wettbewerb nicht ungestört entfalten. Wie alle Warenlaufbindungen bewirkt auch händlerischer Gebietsschutz materielle Wettbewerbsbeschränkungen. Für Angehörige sämtlicher Marktstufen schwinden Absatz- bzw. Bezugsgelegenheiten. Sie alle kommen in fine um die Vorzüge des aussichtsreichsten zwischenstaatlichen Geschäftsabschlusses.[101]

99 Vergl. zu den Drittwirkungen qualifizierter Absatzbindungen auch hinten 288 f.

100 Vergl. SCHWANKE 116, MÜLLER-FEMBECK 107, BELKE, Relevanter Markt, 260, die Entscheide Gerofabriek 11, Kawasaki 14, Teacher 22 und Theal/Watts 23 sowie SABA-Stellungnahme 289 und Citroen-Bekanntmachung 420.

101 Vergl. Citroen-Bekanntmachung 420 und die Entscheide Kawasaki 14 sowie Theal/Watts 23.

3. Bindungen der Angebotsgestaltung

a) Parteiwirkungen

aa) Bindungen hinsichtlich des parteiexternen Verhältnisses

α) *Bindungen über die Vertragsgestaltung mit Dritten (qualifizierte Absatzbindung und Vertriebsbindung)*[102]

Wie ihre Bezeichnung bereits anzeigt, versagen solche Absprachen dem Gebundenen eine beliebige inhaltliche Ausgestaltung des Vertragswerks mit seinen Kunden. Er gibt damit (gänzlich oder stückweise) *Inhaltsfreiheit* preis, indem er die Vertragswaren Händlern nur unter den vorgeschriebenen Auflagen zuführen darf. Auf diejenigen Abnehmer beschränkt sich seine Distribution, die in diese Bindungen auch einzuwilligen bereit sind. Bei der qualifizierten Absatzbindung[103] [104] ist der *Hersteller*, bei der qualifizierten Vertriebsbindung[105] der *Händler* Schuldner.

β) *Bindungen generellen Absatz- und Unternehmensverhaltens*

Diesen Bindungstypus kennzeichnet, den Pflichtigen generell auf ein bestimmtes Absatz- und Unternehmensverhalten festzule-

102 Auf den Vertragsinhalt nehmen auch die (hier nicht weiter verhandelten) Preisbindungen Einfluss.

103 Der Inhalt der qualifizierten Absatzbindung wird sich zwar aller Regel nach mit der eigenen (freiwilligen) Vertriebs- und Selektionspolitik im Einklang halten. Ist diese aber zur Vertragspflicht erhoben, entfällt die Möglichkeit nachträglicher Abänderung. (Im gleichen Sinn STÖVER 106).

104 Sofern der Hersteller überhaupt qualifizierte Absatzbindungen eingeht, verpflichtet er sich meist zur Auferlegung von (insb. räumlichen) Vertriebsbindungen. (Vergl. vorn 182 f.; über die entsprechenden Gebietsschutzklauseln auch vorn 273 f.) – Zu den Freiheitseinbussen bei qualifizierten Absatzbindungen vergl. den Entscheid Rieckermann/AEG-Elotherm 28, STÖVER 106 und SCHLUEP, AVV I, 51.

105 Auch bei dieser Klausel steht die Weiterleitung von Vertriebsbindungen im Vordergrund. *("Durchlaufende Vertriebsbindung")* – Jeder Inhaltsfreiheit geht derjenige Händler verlustig, dem ein ausformuliertes Vertragsmuster vorgegeben ist, auf das seine Kundenverträge abgeschlossen werden müssen.

gen. Er nimmt nicht Bezug auf die Gestaltung der einzelnen Kundenverbindung oder gar des individuellen Austauschaktes. Teils betrifft er selbst den eigentlichen Vertragswarenvertrieb nur mittelbar.

aa) Interessenwahrnehmungs- und Absatzförderungsbindungen

Ihres vagen Weisungsgehaltes wegen lassen diese allgemeinen Förderungsklauseln zunächst offen, ob (und wieviel) Handlungsspielraum dem *Händler* abgeht. Allein wie sie praktiziert werden, welche Anschlussbindungen ergehen, kann allenfalls Freiheitsstörungen aufdecken.[106] Nämliches gilt für ein ausbedungenes Weisungsrecht. Weil sich hier der Händler aber willfährig und ohne Wissen um dessen Ausschöpfung unterwirft, ist die Gefahr seiner Knebelung ungleich grösser.[107]

ββ) Marketing-politische Bindungen

Fassbarer sind die Wirkungen marketing-politischer Absprachen. Sie enthalten Vorschriften hinsichtlich ausgemachter Absatzinstrumente. Wohin auch immer die Bindung zielt, stets muss der *Händler*[108] darauf verzichten, den gebundenen Aktionsparameter nach eigenem Ermessen einzusetzen und zu variieren.[109] Im Einzelfall mag ihm Dispositionsfreiheit bezüglich Einrichtung, Aus-

106 Wird etwa vereinbart, (nur) in einem bestimmten Rayon um wachsende Verkäufe besorgt zu sein, kann sich die Bindung einer *"primary responsibility clause"* annähern. (Vergl. dazu hinten 285 Fn. 113) Verspricht der Händler totale Ausrichtung auf den Vertrieb der Herstellerwaren, drohen ihm Abstriche an seiner Bezugsfreiheit.

107 Drastisch WINKEL 29.

108 Wo (ausnahmsweise) der Hersteller marketing-politische Verpflichtungen eingeht, ist das parteiinterne Verhältnis beschlagen. (Dazu deshalb unten 288).

109 Dass durch sie die "wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Prod.händlers... naturgemäss eingeschränkt" wird, vermerkt auch LÖWISCH (105).

stattung, Warenpräsentation usw. entzogen sein.[110] Mehr als der Verlust beliebigen Marketing-Mix kann bei gewissen Kundendienst-,[111] Sortiments-[112] oder Werbeklauseln[113] auf dem Spiele stehen. Weiter greift in der Regel auch die Pflicht zum Aufbau eines Vertriebsnetzes.[114] Bestimmte unternehmerische Freiheiten ausserhalb der Distribution fehlen dem Händler bei Anordnungen über die innerbetriebliche Organisation, über Finanzierung oder Betriebskapital,[115] im besonderen aber bei herstellerischer Investitionslenkung.[116]

110 Zu den einzelnen Übereinkommen mit marketing-politischem Inhalt vorn 203 f.

111 Wenn Anforderungen an die Kundendienstleistungen derart hoch ausgesteckt sind, dass die verfügbaren Händlerkapazitäten gänzlich den Vertragswaren zugewendet bleiben müssen, können Bezüge von Fremdwaren beeinträchtigt werden. – Zu der Weisung, die Serviceleistungen vom Ort des Warenkaufs abhängig zu machen, vergl. vorn 224.

112 Pflichten, vollständige Herstellerprogramme zu führen, richten für sich genommen zwar keinen Ausschliesslichkeitsverkehr ein, entfalten aber gleichfalls nicht selten Wirkungen einer Bezugsbindung für Fremdwaren. (Vergl. vorn 205 f.).

113 Mehr als blosse Reklamegestaltungsfreiheit büsst der Händler beim Akquisitionsverbot ein. Hier sind ihm Schranken für eine aggressive Verkaufstätigkeit über sein eigenes Vertragsgebiet hinaus aufgebaut. Damit wird erkennbar auch ein Absatz über die Grenze, ja unternehmerische Expansion schlechthin erschwert. Betroffen ist zumal der tüchtige Händler. (Vergl. die Entscheide Junghans 15 und BMW 5 sowie SCHMITT 166) – Vergl. im Kontext zu der verwandten "location clause" und zum Konzept der "area of primary responsibility" SCHMITT 120.

114 Weil dem Hersteller nicht bloss daran gelegen ist, dass – sondern auch *wie* – ein Vertriebsnetz aufgebaut wird, erlegt er regelmässig einfache/qualifizierte Vertriebsbindungen auf oder spricht bei Beginn und Ende jedes einzelnen Vertragsverhältnisses mit. (Vergl. vorn 209 f.) Entsprechend schwindet der händlerische Aktionsfreiraum.

115 Vergl. vorn 210.

116 Wie bei den Kundendienstklauseln besteht die Gefahr erdrückender Beanspruchung der Händlermittel, was den Bezug von Fremdwaren erschweren kann.

γγ) *Warenzeichenbindungen*

Mit der Vergabe von Warenzeichenrechten an den Händler verzichtet der *Hersteller* darauf, in dessen Absatzraum über das Immaterialgut beliebig zu verfügen. Der Abnehmer muss sich kehrtwendend nicht selten den Gebrauch reglementieren lassen.

δδ) *Konkurrenzverbote*

Im Konkurrenzverbot verzichtet der Schuldner auf eine bestimmte Ausweitung der gesamtunternehmerischen Tätigkeit, nämlich auf jene, die in ein Wettbewerbsverhältnis mit dem Vertragspartner einmünden würde.[117] "Eben deshalb begibt sich jeder Kontrahent der Stellung eines potentiellen Wettbewerbers".[118]

Man beschränkt damit – bei Vertikalabsprachen eine Rarität – in vorderster Linie parteiinterne Konkurrenz.[119] Insoweit wirken die Klauseln in der Tat horizontal.[120]

bb) Bindungen hinsichtlich des parteiinternen Verhältnisses

a) Kaufvertraglicher Rahmen (insb. Mindestabnahmepflichten)

Wie in jedem Privatrechtskontrakt laden sich die Parteien auch im kaufvertraglichen Rahmen[121] Bindungen auf und geben

117 Der Hersteller auf vertikale Vorwärts-, der Händler auf vertikale Rückwärtsintegration. In bestimmtem Umfang bestehen auch Beteiligungsverbote. (Vergl. vorn 213 Fn 292).

118 SCHLUEP, AVV I, 51.

119 Vergl. auch STÖVER 99.

120 So SCHLUEP, AVV I, 51.

121 Die ordentlichen vertragsrechtlichen Klauseln können hier aus ersichtlichen Gründen beiseite gelassen werden.

dadurch stricto sensu Handlungsfreiheit preis. Sie können nunmehr dasselbe Geschäft nicht mehr Dritten zuhalten.[122] Auch ist ihr Bedarf an Synchronabschlüssen vorübergehend eingefroren.[123] Indes: Wettbewerbsbeschränkung ist der Vertrag für sich gleichwohl nicht. Er bildet nämlich die unabdingbare normative Ordnung des Güterverkehrs. "Das Austauschgeschäft ist ... Ziel eines jeden Wettbewerbs. Seine, wenn auch kaum praktische wettbewerbsbeschränkende Wirkung muss deshalb grundsätzlich nicht nur in Kauf genommen, sondern als wettbewerbskonform angesehen werden".[124] Nichts ändert daran, dass solche kaufvertragliche Bindungen auf Dauer eingegangen werden.

Alsgleich schlägt die Sachlage um, wenn sich im kaufvertraglichen Rahmen Mindestabnahmequoten[125] befinden. Je nach ihren Ansätzen werden dem Händler Absatzmengen überbürdet, die seine gesamten Betriebskapazitäten belegen. Der Vertrieb von Fremdwaren kann ihm somit faktisch verunmöglicht sein.[126] Hier wird die Mengenklausel zur Zeitklausel: Verhinderung von Drittbezügen auf Zeit durch Mengenvorschrift.[127]

122 Anschaulich SCHLUEP, AVV I, 53 f.; vergl. auch SCHMITT 146 sowie – für die vertikalen Beschränkungen immerhin Abgrenzungsprobleme signalisierend – SANDROCK, Grundbegriffe, 397 Fn. 5.

123 Dazu RUHWINKEL (18): "Es ist eine normale Erscheinung, dass bspw. ein Nachfrager nach Tätigung eines Kaufs vorübergehend als Vertragspartner... ausscheidet, weil seine Bedürfnisse zu einem gewissen Grade befriedigt sind. Er wird zu einem allenfalls potentiellen Nachfrager, bis sich sein Bedürfnis wieder zu einem Kaufentschluss verdichtet."

124 BIEDENKOPF, Wettbewerbsbeschränkung, 26.

125 Dies gilt a fortiori für die Gesamtbedarfsdeckungsverträge. (Vergl. STÖVER 101 sowie NIEDERLEITHINGER, Versorgungswirtschaft, 21).

126 Die Mindestabnahmeklausel entpuppt sich als ein Surrogat für die Bezugsbindung hinsichtlich Fremdwaren (vergl. vorn 191), aber auch hinsichtlich der Vertragswaren. Die Exklusivwirkung beruht hiebei nicht auf dem Vertragsinhalt selber, sondern auf dessen Erfüllung. (Zutreffend SCHWARTZ, Kommentar, 27; vergl. auch KOENIGS, Probleme, 306 f. sowie SCHEUFELE, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 1642).

127 Vergl. RUHWINKEL 17 f.

β) *Kooperations- und Informationsbindungen*

Die Kontrahenten verlieren nur dort absolute Planfreiheit, wo sie zur Kooperation Hand geboten oder auf Geheimhaltungsrechte verzichtet haben.[128] Breitere wettbewerbsbehindernde Parteiwirkungen bleiben aller Regel nach aus.[129]

b) Drittwirkungen

aa) Bindungen hinsichtlich des parteiexternen Verhältnisses

α) *Bindungen der Vertragsgestaltung mit Dritten (qualifizierte Absatzbindung und Vertriebsbindung)*

Da der Pflichtige – Hersteller oder Händler – die Vertragsware nur mit den geheissenen Auflagen (insb. Vertriebsbindungen) abgeben darf, sind Dritte in zweierlei Richtung berührt:

Diejenigen, die zu deren Erfüllung keine Bereitschaft zeigen, werden vom Bezug gänzlich abgeschnitten. Man hat insofern den Ausschlusseffekt einer gewöhnlichen Vertriebsbindung (mit Diktat qualitativer Selektion) vor sich.[130] Interessanter sind die Wirkun-

128 Im einzelnen vorn 211 f.

129 Immerhin wird man gewisse händlerische Kontrollpflichten bezüglich der Absatzwege beachten müssen. Sie vermögen Vertriebsbeschränkungen zu verstärken und abzusichern. (Vergl. vorn 212) Zudem trifft ein hoher Kontrollaufwand solche Handelsbetriebsformen, die auf Tiefpreise durch Senkung der Administrations- und Organisationskosten bedacht sind. So führt der Verband des deutschen Selbstbedienungs-Grosshandels (nach Entscheid Metro 1893 f.) aus: "Die im SABA-Vertriebssystem enthaltenen Kontrollerfordernisse" können "von Unternehmen des Selbstbedienungsgrosshandels nicht erfüllt werden, da sie zu einer derartigen Komplizierung des Geschäftsablaufes führen..., dass die Rationalisierungsvorteile des Warenumschlags nach dem Selbstbedienungssystem entfallen..." – Auch müssen Vorausdispositionsklauseln daraufhin geprüft werden, ob sie dem Händler de facto eine Bezugsbindung für Fremdwaren oder gar eine Gesamtbedarfsdeckungspflicht auferlegen. (Ähnlich wohl STÖVER 101).

130 Hierüber vorn 280 f.

gen auf die Übernahmebereiten.[131] Ihnen werden die Bezugsbedingungen – mehr oder minder ausführlich – vorgeprägt. Im Ausmass eingegangener Vertragspflichten begeben sie sich ihrer Planfreiheit im *Absatz*. Jedenfalls ist *Intra-brand-Wettbewerb* (als Händlerwettbewerb) beschränkt. Soweit Vertriebsbindungen aufgetragen sind, stellen sich die bekannten Ausstrahlungen über alle nachfolgenden Marktstufen ein.[132]

β) *Bindungen generellen Absatz- und Unternehmensverhaltens*

Solche von der einzelnen Kundenverbindung losgelösten Pflichten bestimmen die Absatzgestaltung beim Händler und damit die Bezugsmodalitäten seiner Abnehmer. Den Kunden des Schuldners wird auf die qualitativen Rahmenbedingungen ihrer Lieferantenbeziehungen eingewirkt. Das abverlangte Leistungsniveau wird zum Datum (auch) im *Bezug*. Die Bindungen gelten vornehmlich dem Vertragswarenvertrieb, behindern sonach den *Intra-brand-Wettbewerb*.[133] Der (netzinterne) Händlerwettstreit kann nicht mehr mit beliebigen Kampfmitteln (Aktionsparametern) ausgefochten werden. Auf diese Weise prägen sie den Absatz der Vertragswaren durchlaufend bis zum Konsumenten.

αα) *Interessenwahrnehmungs- und Absatzförderungsbindungen*

Mangels scharfer Konturen offenbaren sich auch die Drittwirkungen dieser Klauseln nur im Einzelfalle. Soweit fassliche Absatzförderungsmassnahmen überbunden sind, werden davon natürlich die angesprochenen Nachfrager berührt.[134] Ist eine Bevorzugung

131 Vergl. auch SCHLUEP, AVV I, 51.

132 Vorn 281.

133 Ebenso LÖWISCH (104), mit dem Hinweis auf die unangetasteten (quantitativen) Auswahlgelegenheiten.

134 Im Sinne einer Vorgabe qualitativer Bezugsbedingungen.

der Vertragswaren geschuldet, treten die Konkurrenzerzeugnisse beim gebundenen Händler zurück. Alsdann wird sortimentsinterner Wettbewerb zwar nicht ausgeschaltet, aber herabgemindert.[135]

ββ) *Marketing-politische Bindungen*

Abreden marketing-politischen Inhalts sind "klassische" *partielle Konkurrenzbeschränkungen.*[136] Sie lähmen den Wettbewerb in denjenigen Unterformen, in denen die Aktionsparameter nicht frei variiert werden dürfen. In erster Linie wird händlerischer Nebenleistungswettbewerb geregelt,[137] so etwa in den Domänen Ausstattung, Warenpräsentation, Kundendienst, Lagerhaltung, Personal usw. Daneben lassen sich auch Ausstrahlungen auf Qualitäts-[138] und Preiswettbewerb[139] aufspüren. Endlich findet eine Beschränkung der Werbekonkurrenz statt, falls dem Händler nicht bloss Reklameaufgaben zugetragen sind, sondern klare Weisungen über Werbeträger und -inhalt ergehen.

Solche partielle Wettbewerbsbeschränkungen schmälern ersichtlich die *qualitativen Austauschvarianten der Nachfrager.* Ihnen ist verunmöglicht, die Leistungsabwicklung hinsichtlich der eingefrorenen Aktionsparameter nach Belieben auszuhandeln. Weil diese Angebotsgestaltungsbindungen regelmässig netzumspannend eingerichtet sind, entfällt alle Möglichkeit, ausserhalb der gleichgeschalteten Bezugsbedingungen zu kontrahieren. Überdies treten

135 Je stärker faktisch die Favorisierung der Vertragswaren ausfällt, desto eher stellen sich bezugsbindungsähnliche Effekte ein. Dem Verbraucher im besonderen kann objektive Wahl im Sortimentsinnern erschwert werden. (Vergl. das Klägervorbringen im Metro-Urteil 1885).

136 Zum Begriff vorn 268 f.

137 Vergl. zum Konditionen- und Servicewettbewerb insb. POECHE 3437.

138 Kundendienstvorschriften limitieren mittelbar den Qualitätswettbewerb nach unten.

139 Da die absatzwirtschaftlichen Anforderungen beträchtliche Händlermittel binden, beeinflussen sie indirekt die Preisuntergrenze. Ausgeschlossen sind zumal dienstleistungsärmere und deshalb preisgünstigere Angebote.

die einzelnen Klauseln – als geschlossenes Marketing-Konzept – gekoppelt auf. Kunden stehen damit bei geschlossenen Absatzsystemen den Vertragswaren in einer erstarrten Angebotskonstellation gegenüber. Schliesslich übersehe man auch die Reflexwirkungen auf den Preis nicht. Abnehmer müssen den aufgeladenen Dienstleistungskorb mitkaufen. Verzicht, und darob verbilligter Bezug, ist ausgeschlossen.[140]

Schuldner im marketing-politischen Bindungskomplex ist vorrangig der Einzelhandel. Alsdann sieht sich der Konsument den festgenagelten Angeboten gegenüber. Gerade die Verbraucherschaft zeichnet sich indessen aus durch eine Vielgestaltigkeit der Präferenzordnungen,[141] auch beim Einkauf ein und desselben Markenartikels. Einkaufsbedingungen aber, die zum Herstellerkonzept querstehen, können von ihr nicht realisiert werden.[142]

Neben dieser Angebotsnormierung können eine Reihe von Marketing-Vereinbarungen weitere atypische Drittwirkungen zeitigen. Dies gilt für all jene Bindungen,[143] die – bei exzessiven Formen – den Händler ausgeprägt an den Vertragswarenvertrieb ketten und in der Folge den Zustrom von Waren fremder Hersteller aufhalten.[144] Eine Vorschrift bezüglich Angebotsgestaltung kann hienach in eine solche bezüglich Warenlauf übergehen. Eigenwillige Wettbewerbsstörungen ruft ausserdem das Akquisitionsverbot hervor. Es dämpft im abgeschirmten Vertragsgebiet die Intra-brand-

140 LÖWISCH (104) spricht in diesem Zusammenhang von einer Beeinträchtigung der "Bedarfsanpassungsfunktion".

141 Vergl. dazu (in einem weiteren Zusammenhang) WISWEDE 280 f., SCHERHORN, Verbraucherinteresse, 7 f., SCHRICKER 536 f.

142 Als Beispiel sei der *Luxuswarenvertrieb* aufgeführt, den die Zugabe eines teuren Dienstleistungskorbes zur Realisierung von Prestigeerlebnissen bei Einkauf und Gebrauch kennzeichnet. Soweit sich ein Hersteller dieser Absatzpolitik verschrieben hat, ist es dem Konsumenten verwehrt, dessen Erzeugnisse ohne Snob-Effekte billiger zu erwerben.

143 Beispiele: bezüglich Sortiment, Kundendienst, Investitionen.

144 Es können, wie bei den expliziten Bezugsbindungen für Fremdwaren, Verfälschungen des Inter-brand-Wettbewerbes eintreten. (Vergl. den (negativen) Befund der Kommission im Metro-Urteil 1895).

Konkurrenz, weil fremden Händlern dort zu werben untersagt ist. Obwohl keine eigentlichen Übergrenzsperren aufgerichtet werden, fallen mit dieser Zügelung expansionsfreudiger Anbieter für die Abnehmer (aller Marktstufen) quantitative Auswahlvarianten weg.[145]

γγ) *Warenzeichenbindungen*

Dritte verspüren warenzeichenrechtliche Übereinkommen dann, wenn dem Händler hinsichtlich des Herstellerzeichens Monopolrechte verschafft werden. Es tritt die absoluten subjektiven Rechten immanente Ausschlusswirkung ein, stets als Beeinträchtigung des *Intra-brand-Wettbewerbs.* Stehen sie gar im Dienste von Gebietsschutz,[146] steuern sie dazu bei, Absatzmittler an einer Lieferung nach oder einem Bezug aus anderen Absatzräumen zu hindern.[147]

δδ) *Konkurrenzverbote*

Wie bereits ausgeführt, wirken die Konkurrenzverbote horizontal. Da den Kontrahenten sich auf der Marktgegenseite breitzumachen verboten ist, vermögen sie *Hersteller-* wie *Händler-, Intra-brand-* wie *Inter-brand-Wettbewerb* zu beschränken. Im einzelnen: Das Konkurrenzverbot des Herstellers beeinträchtigt den

145 Hiezu die Kommission (Goodyear/Euram-Entscheid 11): "Dadurch wird nicht nur die Handlungsfreiheit des Alleinvertriebshändlers eingeschränkt, sondern auch die Stellung Dritter beeinflusst, und zwar insb. die der Händler und Verbraucher der übrigen Länder des Gemeinsamen Marktes, die sich einer Verringerung des Angebots der Vertragserzeugnisse in ihrem Land gegenüber sehen". (Gl.M. offenbar auch SCHMITT 174) – Man bedenke überdies: Wer ein Absatzgebiet nicht systematisch bearbeiten und seine Vertriebsorganisation auf den geweiteten Absatzraum ausrichten darf, zeigt mitunter wenig Interesse, sporadisch eingehende Bestellungen aus Fremdgebieten anzunehmen.

146 Zu den Warenzeichenbindungen als Gebietsschutzsurrogat vorn 222 f.

147 Zu den Drittwirkungen des Gebietsschutzes im einzelnen vorn 282.

Wettbewerb auf den Zwischenhandelsstufen, weil damit ein Anbieter (von Vertrags- und Fremdwaren)[148] ausfällt. Potentiellen Lieferanten entgeht eine Absatz-, potentiellen Kunden eine Bezugsgelegenheit. Das Konkurrenzverbot des Händlers schlägt gar auf den Produzentenwettbewerb aus. Ein neuer Markenartikel wird schlechterdings dem Markte vorenthalten.[149]

Eben diese Drittwirkungen erhellen, dass die Konkurrenzklausel einen Sonderfall darstellt. Sie regelt dem Buchstaben nach ein generelles Unternehmensverhalten, reiht sich aber in den Kreis der *Warenlaufbindungen* ein, indem gewisse (potentielle) Warenströme im voraus abgeriegelt werden. Folgerichtig sind von dieser quantitativen Angebotsverengung abermals sämtliche Marktstufen – mit Einschluss des Endverbrauchers – betroffen.

bb) Bindungen hinsichtlich des parteiinternen Verhältnisses

α) *Kaufvertraglicher Rahmen (insbesondere Mindestabnahmepflichten)*

Nicht bloss die Kontrahenten verlieren mit dem Vertragsabschluss ein gerüttelt Mass an Handlungsfreiheit. Soweit ihre Bindung reicht, hält er auch Dritte, nämlich andere willige Käufer und Verkäufer, fern. Jeder Kaufvertrag schafft sonach in seinen engen Grenzen ein Austauschmonopol der Parteien. All das ist freilich nichts anderes als gemeiner Ausfluss der Vertrags- und damit der Wettbewerbsordnung.[150]

148 Soweit ein Hersteller seine eigenen Waren nicht direkt absetzen darf, ist Intra-brand-Wettbewerb, soweit er als Händler andere Produzenten meidet, ist Inter-brand-Wettbewerb betroffen.

149 Vergl. auch SCHLUEP, AVV I, 53 und Nicholas/Vitapro-Entscheid 26.

150 Näheres – mit Begründung – vorn 286 f. – Einprägsam auch GLEISS/HIRSCH (EWG-Kartellrecht, 199): "Möglicherweise kommen Konkurrenten des Lieferers nicht zum Zuge, weil das verpflichtete Unternehmen aufgrund des Vertrages für mehr oder weniger lange Zeit als Nachfrager ausscheidet. Dies ist aber nur ein Reflex. Er gibt sich aus der Tatsache, dass Nachfrage nicht beliebig reproduzierbar und insofern eben unwiederholbar ist. Der Effekt der Unwiederholbarkeit ist jedem Veräusserungsvorgang und jeder Nachfragebefriedigung eigen; mit Beschränkung des Wettbewerbs hat dieser Effekt nichts zu tun...".

Dies kann sich allenfalls ändern bei anforderungsreichen Mindestabnahmen.[151] Sie lassen die Waren fremder Hersteller an den aufgefüllten Sortimenten der verpflichteten Händler abprallen. Wie bei den Bezugsbindungen für Fremdwaren wird der Konkurrent des Binders ausgesperrt und in der Folge Inter-brand-Wettbewerb über alle nachgehenden Marktstufen beschränkt.[152] Aber auch anderen Lieferanten von Vertragswaren bleibt der Schuldner als Absatzstelle unzugänglich. Mindestabnahmeklauseln können sich also im gleichen Zuge als Exklusivabsprache über Vertragswaren ausnehmen und damit den netzinternen Intra-brand-Wettbewerb hemmen.[153]

β) *Kooperations- und Informationsbindungen*

Die Wirkungen von Kooperations- und Informationsvereinbarungen laufen allermeist im parteiinternen Verhältnis aus, ohne auf Dritte überzugreifen. Lediglich wo sie in der Angebotsgestaltung des Händlers sich niederschlagen,[154] werden dessen Abnehmer in ihren (qualitativen) Bezugskonditionen berührt.[155] Atypische Sonderfälle bleiben vorbehalten.[156]

151 Oder gar bei Gesamtbedarfsdeckungsverträgen. (Vergl. vorn 191 f.).

152 Über diesen Umschlag der Mengen- in eine Zeitklausel vorn 287. – Zu den Drittwirkungen hoher Mindestabnahmen vergl. SCHWARTZ, Kommentar, 27; aufschlussreich im Zusammenhang auch NIEDERLEITHINGER, Versorgungswirtschaft, 21 und BIEDENKOPF, Wettbewerbsbeschränkung, 26.

153 Zur Ausschliesslichkeit im Bezug der Vertragswaren, die jede netzinterne Konkurrenz abwürgt, vergl. vorn 277.

154 Beispiel: Kundendiensthilfen des Herstellers.

155 Es kann auf die Abhandlung der Absatzförderungs- und Marketingbindungen verwiesen werden.

156 Insb. Bindungen über die händlerische Absatzwegekontrolle und über Vorausdispositionspflichten. (Vergl. vorn Fn. 118).

2. Abschnitt

Selektion und selektiver Vertrieb im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen

§ 3 Selektion, Marktwirtschaft und Kartellrecht

I. Konkurrenz und Selektion sind in Marktwirtschaften unlösbar aneinander gekoppelt. Ist doch Wettbewerb jener wirtschaftspolitische Koordinationstypus,[1] bei dem eine Handvoll Nachfrager bzw. Anbieter jeweilen gegeneinander antreten, stets im Wissen darum, dass letztendlich nur dem einen der Lorbeer des Geschäftsabschlusses zufallen kann.[2] Jeder Wettbewerbsprozess erfüllt sonach Auslesefunktion: Selektion muss Honorierung besserer, Nicht-Selektion Ahndung schlechterer Marktdienste bedeuten.

Die Chance des Wirtschaftsbürgers zu einem Schiedsspruch über fremdes Leistungsvermögen darf auch von der staatlichen Wettbewerbsordnung grundsätzlich nicht angetastet werden. Nie darf diese dahin führen, "dass den Verbotsadressaten Sozialpflichten für fehlerhafte Unternehmensentscheidungen anderer Unternehmen auferlegt werden".[3] Das Marktrisiko verpasster Abschlussgelegenheiten muss einem jeden Wettbewerber – selbst wenn es dessen Todesurteil bedeutet – belassen werden. Anderes hiesse, ex officio den Distributionskanal festzuprägen und mündete aus in eine Erstarrung der Austauschbeziehungen. Alsdann wäre es "unmöglich, dass sich auf dem Markt Angebot und Nachfrage in freiem Spiel der Kräfte einpendeln".[4] Auch in der Kartellverfassung muss den Wirtschaftern hinlänglicher Selektionsspielraum – in Absatz wie Bezug – freigehalten werden.[5]

1 Zu diesem und den andern Koordinationstypen (Plan, Gruppenvereinbarung) vergl. insb. GYGI/SCHLUEP 89, SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, 74 f., ders., Wettbewerbspolitik, 95 f., ders., Kritik, 4 f., ders., Überbordungsgefahren, 9 f.

2 Andersum gedreht: "Zwei werben um die unteilbare und nur einmal zu vergebende Gunst des Dritten." (KUMMER, Begriff, 36).

3 BENISCH, Kommentar II, 45 (im Zusammenhang mit § 26 Abs. 2 GWB).

4 BELKE, Geschäftsverweigerung, 115.

5 Dieser ordnungspolitische Argumentationshaushalt wurde sehr anschaulich aufbereitet im Zusammenhang mit der Diskussion um die Tragweite des Diskriminierungsverbots im deutschen GWB. (Vergl. dazu z.B. BAUR, Diskriminierungsverbot, 53, SACK 519 f., BENISCH, Kommentar II, 45 f., sowie die Abhandlungen von

II. Diesem Credo zur Partnerwahlfreiheit zum Trotze kann das Wettbewerbsrecht indessen nicht alle unternehmerischen Selektionsentscheide unbesehen hinnehmen. Die Praxis lehrt nämlich, dass keineswegs jede Meidung von Gewerbegenossen Ausfluss freier Konkurrenz ist. Zunächst darf an die Tatbestände des *"qualified refusal to deal"* erinnert werden, an Tatbestände also, bei denen einfache Geschäftsverweigerung im Bunde mit zusätzlichen Instrumenten der Partnerbeeinflussung steht.[6] Gleichfalls sind Ausleseentscheide zu überwachen, bei denen – hüben oder drüben – Marktmacht im Spiele steht. Denn zum einen wächst mit steigender Marktpotenz Versuchung und Chance zur Selektion wider die Gesetze des Wettbewerbs. Zum andern zeitigt die Ausschaltung auf vermachteten Märkten – der eingeengten Alternativen wegen – besonders fatale Folgen.[7]

Mit Blick auf das selektive Vertriebssystem interessiert zumal der dritte Typus eines kartellrechtlich zu beaufsichtigenden Selektionsprozesses, nämlich die vertraglich befohlene Aussonderung. Es erhält ja sein Gepräge durch die Vorbestimmung der Partnerauswahl vermittels bestimmter Warenlaufbindungen. Für dessen wettbewerbspolitische Beurteilung sticht zweierlei heraus: die Fremdbestimmung und die Einfrierung der Ausleseentscheidung. Ersteres will sagen, dass der Gebundene seine Geschäftsbeziehungen nicht

KARTTE W./MÜLLER K., Zur Diskussion um ein allgemeines Diskriminierungsverbot, WEYHENMEYER H., Vor- und Nachteile eines allgemeinen Diskriminierungsverbotes und BENISCH W., Antidiskriminierungsvorschriften in Wettbewerbsregeln?, allesamt in: Für und Wider ein allgemeines Diskriminierungsverbot, Köln, Berlin, Bonn, München 1976) – An dieser Stelle ist auch auf die wettbewerbspolitischen Einsichten in den USA hinzuweisen, die den Erfahrungen mit dem Preisdiskriminierungsverbot in sect. 2 des Clayton Act abgewonnen wurden. Sie zeigen die Gefahr, dass der beabsichtigte Mittelstandsschutz in eine kartellähnliche Zementierung des Preisgefüges ausufert. (Vergl. etwa BELKE, Kartellgesetznovelle, 259, BAUR, Diskriminierungsverbot, 51 f., und ROTH W.H., Das amerikanische Diskriminierungsverbot, in: Für und Wider ein allgemeines Diskriminierungsverbot, Köln, Berlin, Bonn, München 1976, 1 f.).

6 Vergl. vorn 152 f.

7 Vergl. zur Auseinandersetzung um den Schutzzweck des § 26 Abs. 2 GWB SCHMITT 288 f., KOLLER, Diskriminierungsverbot, 31 f., TETZLAFF 39 f., SEEBAUER 78 f., ULMER, Diskriminierungsverbot, 31 f. (insb. für Markenartikel), FISCH-ÖTTER 379.

– wie nach der marktwirtschaftlichen Regel geboten – in freien Stücken anknüpfen darf. Nicht er wählt sich das günstigste Abschlussangebot aus; über den Zuschlag entscheidet die Order des Gläubigers. Im weiteren normieren Händlerverträge nicht einen einzelnen Auslesevorgang, sondern ein Selektionsverhalten auf Zeit. Damit wird die Reagibilität des Wettbewerbsgefüges empfindsam gestört. Dem Schuldner ist während der gesamten Vertragsdauer verwehrt, auf das jeweilen vorteilhafteste Angebot zu kontrahieren. Dies macht deutlich, warum das Kartellrecht auf (systemwidrige) Selektionen greifen muss: Es hat die Grenzen abzustecken, innerhalb deren eine Wettbewerbsordnung (private) Eingriffe in den autonomen Selektionsbereich des Unternehmers dulden kann. Mithin muss Auswahlfreiheit (im weitesten Sinne) dort genommen werden, wo es das Wiederaufleben von übermässig gelähmten Ausleseprozessen auf der Marktgegenseite erheischt.

§ 4 Vertriebsgestaltungsfreiheit und Wettbewerbsverfassung

I. In Kontroversen um die Unterstellung vertikaler Intervention unter das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen wird gern mit dem Argument gefochten, das marktwirtschaftliche System schliesse (auch) eine ungebundene Bestimmung der Absatzwege ein. Jeder Produzent dürfe beanspruchen, ohne obrigkeitlichen Zwang über das Schicksal seiner Waren zu befinden. Vertriebsgestaltungsfreiheit wird alsdann zum Bestandteil der (umfassend begriffenen) Unternehmensfreiheit gemacht.[1] Folgerichtig stünde es im herstellerischen Belieben, Abnehmer ein- und auszuschalten, Absatzfunktionen auf Händler zu überwälzen, Konditionen des Weiterverkaufs festzuprägen und netzinternen Wettbewerb zu regulieren.[2]

1 Exemplarisch BENISCH, Kommentar I, 49 f.: "Die Wirtschaftsfreiheit gestattet dem Unternehmer, der das volle Risiko seiner Dispositionen trägt, bei der Verfolgung seines Gewinnstrebens sein Produktions- oder Vertriebssystem nach selbstverantwortlichen betriebswirtschaftlichen und unternehmerischen Überlegungen zu gestalten. Er darf für den Vertrieb seiner Erzeugnisse den Weg wählen, der ihm den grössten Umsatz verspricht." – Ähnlich (im Zusammenhang mit dem deutschen oder europäischen Recht) GRAUEL 480, FRIGNANI 371, DERINGER/TESSIN, Grundig/Consten, 333, LUTZ, Preis- und Vertriebsbindungen, 983, MÜLLER 12, DERINGER, AVV mit Gebietsschutz, 127, BELKE, Geschäftsverweigerung, 323, SPORMANN, Europäischer Alleinvertrieb, 53, ULMER, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, 189, TESSIN, Markenartikelvertrieb, 683, SCHWARTZ, Kommentar, 56, SÖLTER, Universalvertrieb oder Selektivvertrieb, 318, LEHMPFUHL 55. – Auch in den USA war die Spruchpraxis über vertikale Wettbewerbsbeschränkungen lange Zeit von der *"Colgate"-Doktrin* geprägt, die akzentuiert die individuelle Handlungsfreiheit des Unternehmers herausstellte. (Vergl. z.B. NEALE 216 f., SCHMIDT 231, BELKE, Kundenbeschränkung, 18 f., RIESENFELD 824 f.) Jüngere Urteile des Supreme Court haben diese Theorie freilich ausgehöhlt und umgestürzt. (Statt vieler SCHLUEP, Rule of Reason, 53 Fn. 4, SCHMITT 106 f., insb. 110, BELKE, Kundenbeschränkung, 5, SCHMIDT 259 (mit Hinweis auf den einschlägigen OECD-Bericht); zur neuesten Entwicklung insb. ROTH 605 f. und HÖLZLER 105; ausführlich ferner auch EDWARDS C.D., Vertical Restraints and American Antitrust Policy, in: Wettbewerb im Wandel, Festschrift für E. Günther, Baden-Baden 1976, 389 f.).

2 Zur Freiheit, nach Gutdünken die Intra-brand-Konkurrenz zu steuern, vergl. die Ausführungen des Supreme Court von New York in seinem Revlon-Entscheid. (SCHULTE-MÄTER 78 f.).

II. Diese Lehre ist – im Ansatz – ohne Frage zutreffend.[3] Feststeht, dass Wirtschaftsfreiheit nicht sektoral auf die Erzeugung eingegrenzt ist, sondern die Distribution miterfasst. Nie kann die Inpflichtnahme vertikaler Intervention den Boden der Wettbewerbswirtschaft verlassen und sich zu einem Instrument staatlicher Güterlenkung umwenden.[4] Auch in der Organisation des Vertriebs herrscht demnach die Maxime der *Vertragsfreiheit:* Als Partnerwahl- oder Abschlussfreiheit verleiht sie die Befugnis, sich seinen Kontrahenten auszuwählen, als Inhaltsfreiheit das Recht, mit ihm auf einen beliebigen Gegenstand abzuschliessen.[5]

Weil Vertriebsgestaltungsfreiheit nichts anderes heissen kann als Vertragsfreiheit in der Distribution,[5a] steht man jetzt vor der vertrauten *Antithetik zwischen Privatautonomie und Wettbewerbsprinzip*. Diese wurzelt bekanntlich in der lapidaren Erkenntnis, dass die Vertragsfreiheit dazu missbraucht werden kann, "ihr ureigenstes Erzeugnis, die freie Konkurrenz im Markt, zu vernichten ...".[6] Nun ist Wettbewerb in Verkehrswirtschaften wohl Soll-, nicht aber Naturzustand. Daher erwächst dem Recht die Aufgabe, ihn als Koordinationstypus vor Entartung – zumal vor Selbstauf-

3 Strenger, jedes "Recht" des Herstellers auf freie Vertriebssystemwahl verneinend, z.B. SCHEUFELE, Selektive Distribution, 10.

4 Vergl. über die Fragestellung "zwangswirtschaftliche Massnahme oder Wettbewerbsvorschrift" BELKE, Geschäftsverweigerung, 38 f. – Derselbe Autor weist später (54 f.) mit schöner Deutlichkeit nach, wie stark Regeln über die vertikale Intervention von den unterlegten wirtschaftspolitischen Zielvorstellungen abhängen. Für das französische Verkaufsverweigerungsrecht zeichnet er die Entwicklung von einer dirigistischen Kriegswirtschaftsnorm über eine antiinflationäre Preisvorschrift zu einer Wettbewerbsregel auf.

5 Zur Auffächerung der rechtsgeschäftlichen Freiheit in ein Bündel von Einzelbefugnissen – Abschlussfreiheit, Partnerwahlfreiheit, Inhalts- resp. Typenfreiheit, Aufhebungsfreiheit, Formfreiheit – vergl. (für das Schweizer Schrifttum) OFTINGER K., Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 2. Auflage, Zürich 1973, 1 und ders., Die Vertragsfreiheit, in: Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Zürich 1948, 315 f.

5a Vergl. aus der betriebswirtschaftlichen Literatur TIETZ, Marketing II, 317.

6 BELKE, Geschäftsverweigerung, 19.

gabe durch die Mitspieler – zu bewahren.[7] Wettbewerb – verstanden als "staatliche Veranstaltung" – gewinnt die Bedeutung einer tragenden sozialen Ordnungsinstitution.

Im Lichte solcher normativ "verfasster" Verkehrswirtschaften hat man die Vertragsfreiheit zu besehen. Zwar ist die Privatautonomie Grundpfeiler der auf dezentraler Planung gebauten Wettbewerbswirtschaft.[8] Sobald sie jedoch disfunktional – d.h. wider die Regeln freier Konkurrenz – eingesetzt wird, stösst sie an den Schranken des Marktordnungsrechts an.[9] Somit "entsteht die *Kategorie des funktionalisierten (gesellschaftsbezogenen) Privatrechts.* Als Voraussetzung und Wirkung des Wettbewerbs erhält die Privatautonomie ihren Stellenwert mit Blick auf den 'sozialen Gesamteffekt'und gerät in den Brennpunkt öffentlich-rechtlich orientierter Betrachtungsweise".[10] [11]

7 Das Schutzrecht steht hiebei im Dienste des Gemeinwohls, da Einigkeit darüber besteht, dass er die besten (ökonomischen und meta-ökonomischen) Ergebnisse erbringe. (Ausführlich zur wirtschaftsrechtlichen Begründung der Konkurrenz, insb. im Gemeinsamen Markt, hinten Bd 2, 25 f.).

8 Vergl. etwa KUMMER, Unternehmung, 468 f. und MERTENS/KIRCHNER/SCHANZE 217.

9 Vergl. BIEDENKOPF, Unternehmenskonzentration, 14; dazu auch ders., Wettbewerbsbeschränkung, 116 f. und ders., Privatrecht, 113 f. – Diese Einsicht in das *instrumentale Verständnis* verdanken wir in erster Linie der Neoliberalen Freiburger Schule. (Wegleitend etwa die Schriften von BÖHM F., Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933 (Nachdruck 1964), ders., Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Recht und Staat Heft 153/54, 1950, EUCKEN W., Grundlagen der Nationalökonomie, 5. Auflage, Godesberg 1949, ders., Grundsätze der Wirtschaftspolitik, Bern/Tübingen 1952, MIKSCH L., Wettbewerb als Aufgabe, 2. Auflage, Godesberg 1947; zum ordnungspolitischen Leitbild des Neoliberalismus BEHLKE R., Der Neoliberalismus und die Gestaltung der Wirtschaftsverfassung, Berlin 1961 und NAWROTH E., Die wirtschaftspolitischen Ordnungsvorstellungen des Neoliberalismus, Köln, Berlin, Bonn, München 1962).

10 SCHLUEP, Allgemeines Wirtschaftsrecht, 569 f.; interessant – zumal aus verbraucherschutzrechtlicher Sicht – auch HELM (61 f.), der eine sozial-instrumentale und eine wirtschaftlich-instrumentale Betrachtung auseinanderhält. (68 f.).

11 Noch immer wird – auch in der Schweiz – einem solchen *instrumentalen Ansatz des Kartellrechts* opponiert und einer Güterabwägung auf ziviler persönlichkeits-

Dies muss selbstverständlich ebenfalls für den Bereich der vertraglichen Vertriebsgestaltung gelten. Auch sie ist eingebettet in den normativen Ordnungsrahmen hinreichenden Wettbewerbs. Hier offenbaren sich Bedenken gegen die Philosophie der Distributionsfreiheit als Schranke kartellrechtlicher Absatzwegenormierung. Denn man kann Gesetzesregeln kaum ein Prinzip entgegenhalten, dessen Überbordungsgefahren diese gerade zu vereiteln trachten.[12] Im übrigen scheitern auch alle andern Versuche – Lehre vom Recht am Unternehmen,[13] Eigentumstheorie,[14]

rechtlicher Ebene (Kollision subjektiver Rechte) das Wort geredet. (Exemplarisch HOMBURGER 70 f.) Die neuere Wettbewerbslehre hat aber klar gemacht, dass sich Zwiste zwischen Kartell und Aussenseiter nicht mittels traditioneller privatrechtlicher Kriterien (insb. sittenwidrige Schädigung) schlichten lassen. Befriedigende Resultate finden sich erst dann ein, wenn auf (im klassischen Verständnis ausserzivilistische) Gesichtspunkte wirtschaftspolitischer Allgemeininteressen gegriffen wird. Dagegen kann nur dogmatische Bedenken äussern, wer die *Sozialfunktion der Privatrechtsinstitute* im allgemeinen und die (auch) *zivilrechtsgestaltende Kraft des Wettbewerbsprinzips* im besonderen verkennt. (Vergl. die Kritik an HOMBURGER bei SCHLUEP, Allgemeines Wirtschaftsrecht, 596 f. und BIEDENKOPF, Unternehmenskonzentration, 2 f.; dazu dessen Replik: HOMBURGER E., Zur Funktion des Kartellrechts in einer auf Privatautonomie beruhenden Wirtschaftsordnung, WuR 1976, 333 f.).

12 Kritisch zur Vertragsfreiheit als Ausgangspunkt für die Beurteilung vertikaler Intervention auch DERLEDER 199, SCHMIDT 262, BELKE, Kundenbeschränkung, 33 f., ders., Geschäftsverweigerung, 323.

13 Vor allem in Deutschland wurde das *Recht am Unternehmen* beigezogen, das sich konsequenterweise auch auf die Absatzorganisation ausdehne. Die Originalität ihrer Ausgestaltung sei eine schöpferische Leistung des Produzenten, die den gewerblichen Schutzrechten zur Seite zu stellen sei. (Vergl. etwa LEHMPFUHL 125 f., VON BRUNN J., Zum Recht des Eigenhändlers, in: Recht im Wandel, Festschrift 150 Jahre Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München 1965, 327 f., insb. 349) Diese Grundlegung muss an der gleichen Hürde straucheln wie der Rekurs auf die Privatautonomie: Das Recht am Unternehmen weist nicht schrankenlose Freiheit zu, sondern lediglich eine zweckbezogene, eingezäumt durch die höher gewichteten Prinzipien der Wettbewerbsverfassung. Auch dieses subjektive Recht ist mithin instrumental konzipiert. (Vergl. BIEDENKOPF, Privatrecht, 134).

14 Absatzwirtschaftliche Freiheit unmittelbar der umfassenden Verfügungsmacht des Eigentümers abzugewinnen, versagt beim selektiven Vertrieb deshalb, weil im Rahmen des kaufvertraglichen Komplexes Eigentum überwechselt. Konstruiert und auch privatrechtlich sehr fragwürdig ist das Unterfangen, aus dem vorbestandenen Produzenteneigentum ein Recht am Goodwill und am In-Verkehr-Setzen der Waren herzuleiten. (Vergl. etwa das Vorbringen der italienischen Regierung im Urteil Italienische Republik 470 f.; zurückhaltend auch SCHLUEP, AVV I, 63 und PRÖBSTING 122 f.).

warenzeichenrechtlicher Ansatz[15] –, die Vertriebsgestaltungsfreiheit in ein absolutes Recht einzufassen.

Wo die Grenze zwischen systemkonformem und systemwidrigem Einsatz der Privatautonomie im Vertriebe durchläuft, kann abstrakt nicht bestimmt werden. Sie zu ziehen ist dem Gesetzgeber aufgetragen. Die zivilrechtlichen Handlungsfreiräume variieren nach dem Werturteil einer jeden positiven Koordinationsordnung.

15 CALLMANN hat versucht, das Herstellerrecht über den Absatzkanal *markenrechtlich* zu fundieren. Weil das Warenzeichen die Unternehmung schlechthin – auch ohne Ware – symbolisiere, verschaffe es dem Träger ein eigentliches dingliches Vertriebsmonopol, dessen er auch nach der Einschaltung des Zwischenhandels nicht verlustig gehe. (CALLMANN R., Die Kontrollrechte des Markenartikelfabrikanten und die Lehre von der Erschöpfung im Zeichenrecht, GRUR 1963, 461 f.; vergl. auch (zu einer älteren französischen Rechtsprechung) BELKE, Geschäftsverweigerung, 181 f.) Diese Auffassung erbrächte das unannehmbare Ergebnis, dass Markenartikelvertrieb aus dem Recht der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen herauszuhalten wäre. Dagegen kann namentlich auf den richtig verstandenen Schutzgehalt des Markenrechts – die Herkunftsidentifikation – verwiesen werden. (Für die Schweiz BGE 86 II 283 und TROLLER, Band II, 1135; zu den einzelnen Funktionen der Marke SCHLUEP, Markenrecht, 67 f.) Aber auch wer die Qualitäts- und Werbefunktion einschliessen will, kann das gewerbliche Monopolrecht nicht dergestalt dehnen, dass es beliebig vertikale Intervention abzudecken vermag. Das Markenrecht verschafft eben kein absolutes Recht an der markierten Ware. (Vergl. PRÖBSTING 123 f., in Anlehnung an MESTMÄCKER E., Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung, JZ 1958, 521 f., insb. 525; ferner BELKE, Geschäftsverweigerung, 183 f.).

§ 5 Aspekte der wettbewerbspolitischen Diskussion um den Zugriff auf vertikale Vertriebssysteme

I. Vertikale Intervention versus Konzentration

Wer eine kartellrechtliche Kontrolle über Vertikalbeschränkungen fordert, dem wird immer wieder vorgehalten, er treibe den Hersteller in die *vertikale Vorwärtsintegration* und begünstige damit die Konzentration. Denn: Vertikale Intervention – zumal der Händlerkontrakt – sei der Behelf, mit dem der Hersteller seinen Vertrieb über selbständige Absatzmittler zu steuern vermöge. Greife man den Vertrag an, bediene sich dieser anderer (und drastischerer) privatrechtlicher Organisationsmittel.[1] Vorab locke eine Vertriebsabwicklung im Konzernverbund durch Gründung von unternehmenseigenen Absatzstellen oder der Einsatz von (unselbständigen) Handelsvertretern.[2] Beide Formen der Vertikalintegration gestatten, die Wettbewerbsbeschränkung ins Unternehmensinnere zu verlegen. Hierin gründeten *struktur- und mittelstandspolitische Bedenken:* Weil sie die Absatzkostenrechnung des Produzenten erheblich belasten, stünden diese Ausweichvarianten bloss finanzkräftigen Grossunternehmern offen.[3] Klein- und

1 Beherrschung der Absatzwege kraft Beteiligung/Eigentum, arbeitsvertraglicher Weisungsgewalt etc.

2 Vergl. zur Gefahr vertikaler Integration SEEBAUER 126, BUDCZIES 88, BELKE, Geschäftsverweigerung 249, SCHMITT 126, KLAUSING 64, BEIER 87, FRIGNANI 372, HEER 43, HELLMANN/PFEIFFER 246, STÖVER 106. – Berühmt ist in diesem Zusammenhang der eindringliche Appell von Richter DOUGLAS in seiner dissenting opinion zum Standard Oil-Fall: "But beyond all that there is the effect on the community when independents are swallowed up by the trusts and entrepreneurs became employees of absentee owners. Then there is a serious loss in citizenship. Local leadership is diluted. He who was a leader in the village becomes dependent on outsiders for his action and policy. Clerks responsible to a superior in a distant place take the place of resident proprietors beholden to no one. These are the prices which the nation pays for the almost ceaseless growth in bigness on the part of industry. These problems ... got to the very heart of the problems." (Zit. nach SANDROCK, Grundbegriffe, 429; vergl. hierüber auch NEALE 207, SCHULTE-MÄTER 60 und SCHMIDT 321).

3 Zur Finanzkraft als Determinante selektiver Vertriebssysteme vorn 81 f. Sie entscheidet wesentlichst darüber, welche Absatzfunktionen der Hersteller selber wahrzunehmen imstande ist.

Mittelbetriebe erlitten Wettbewerbsnachteile zufolge des kleineren distributionspolitischen Handlungsspielraums. Sie könnten den risikotragenden Zwischenhandel nicht entbehren.[4] [5]

Dieses Argument der Begünstigung vollintegrierter Absatzsysteme ist beachtlich.[6] Es darf allerdings die Kartellbehörden nicht dazu verhalten, die vertikale Intervention zügellos spielen zu lassen. Verschiedene Gründe widerraten, Wettbewerbspolitik über Vertikalbeschränkungen an der Gefahr der Konzentrationsförderung zu messen: Einmal ist in tatbeständlicher Hinsicht ungewiss, ob Hersteller im befürchteten Masse auf den Direktabsatz ausbiegen. Die Realien lehren eher das Gegenteil.[7] Denn Vorwärtsintegration bedeutet nicht nur Reorganisation des Vertriebs, sondern eine weittragende Verlängerung des eigenen unternehmerischen Risikos, die nicht jeder Produzent hinzunehmen willens ist.[8] [9] Weiter vermerke man, dass auch die vertragliche Vertriebsabsprache einen Akt vertikaler Integration darstellt.[10] Der Hersteller mag – als Marketingführer im Distributionsnetz – seine Händler

4 Vergl. etwa LEHMPFUHL 55, SANGMEISTER 73, KLAUSING 64, RUHWINKEL 105 f., HELLMANN/PFEIFFER 246, REINHART, Vertikale Verträge, 191, STUMPF/LÖSCH 19.

5 Wie RUHWINKEL (106) zutreffend hervorhebt, sind für eine solche Entwicklung Produkte besonders anfällig, die keiner Sortimentseinkleidung bedürfen, die also (als Hauptartikel) in eigenständigen Verkaufsstellen angeboten werden können.

6 So scheinen nach den entsprechenden kartellrechtlichen Verdikten Schwinn (in den USA) und Grundig (in Europa) zu konzerneigenen Vertriebsorganisationen übergewechselt zu haben. (Vergl. die Beispiele bei SCHMITT 115, ZIMMERMANN, Vertragshändlerverträge, 181 und STUMPF/LÖSCH 19).

7 Mithin vernimmt man in Europa wenig von Kehrtwendungen im Vertriebskonzept zufolge kartellrechtlicher Beschneidung von Händlerverträgen.

8 Vergl. auch PRÖBSTING 147.

9 Ähnlich wie hier SCHÜLLER, Vermachtungserscheinungen, 254, SCHLIEDER, Vertikale Kooperation, 159 und KOENIGS, Italienische Republik, 345; grundsätzlich darüber LENEL, Ausschliesslichkeitsbindungen, 93 f.

10 Vertikale Vertriebswegenormierung als vertikale Integration erkennen auch SCHULTE-MÄTER 102 f., BELKE, Geschäftsverweigerung, 191 f.; ausführlich LENEL 95 f.; dazu ferner SCHÜLLER, Vermachtungserscheinungen, 253.

so eng an sich ketten, dass diese ihre wirtschaftliche Selbständigkeit grossteils einbüssen.[11] Sie können vom Hersteller sodann "als Erfüllungsgehilfen seiner Macht- und Marktpolitik eingespannt werden".[12] Die hochgradigen Wettbewerbsbeschränkungen solcher faktischer Integration nach vorn sind bekannt.[13] Ihre Bekämpfung kann nicht deshalb ausbleiben, weil im Hintergrund eine andersgelagerte Konkurrenzstörung ansteht.[14] Es wäre eine fragwürdige Mittelstandspolitik, die die Händler willkürlicher Knebelung durch Vertikalvereinbarungen ausliefern würde. Mithin befremdete, das Überleben von Klein- und Mittelbetrieben mit ihrer Knechtschaft zu erkaufen. Nicht darf, um ein Übel abzuwenden, ein anderes hingenommen werden.[15] Sinnvoll ist nur, beiden im gleichen Zuge entgegenzutreten. Ersichtlich kann der wettbewerbspolitische Ausweg aus diesem Dilemma nicht in Grossmut gegenüber den Vertragsbeschränkungen bestehen, wohl aber in einer verschärften Missbrauchsaufsicht über vollintegrierte Absatzsysteme, zumal über diejenigen marktmächtiger Unternehmen.[16]

Letztlich versagt die Konzentrationsförderungsdoktrin auch deshalb, weil mit ihr praktische Wettbewerbspolitik sich nicht

11 Näheres vorn 143 f.

12 BELKE, Geschäftsverweigerung, 191.

13 Vorn 269 f.

14 Gegen das Konzentrationsförderungsargument votieren auch PRÖBSTING 147, KOENIGS, Italienische Republik, 345 und SCHLIEDER, Vertikale Kooperation, 152 f.; ausführlich und differenziert insb. LENEL 97 f.

15 An der gleichen Einsicht muss auch die Auffassung scheitern, vertikale Intervention sei deshalb wettbewerbspolitisch zu dulden, weil sie die Gegenmachtbildung *("countervailing power")* zum vollintegrierten Absatzsystem ermögliche. Denn die "Idee der Gegenmacht läuft offenkundig auf Legitimation der schlichten Marktmacht hinaus." (SCHLUEP, AVV I, 157, mit weiteren Hinweisen; a.M. PRÖBSTING 157).

16 In den USA wacht man über jede Form der vertikalen Intervention, abgestützt auf eine (weitbegriffene) Anti-Konzentration-Philosophie. – Vergl. BELKE, Kundenbeschränkung, 6 f.; ähnlich ders., Geschäftsverweigerung, 191 (zur ordnungspolitischen Konzeption des französischen Geschäftsverweigerungsverbotes); bezeichnend die wirtschaftliche Betrachtungsweise bei LENEL 95 f.

betreiben lässt. Da gänzliche Abstinenz ohnehin ausser Frage steht, bliebe alsdann das Feld vom Hersteller tolerierter Kartellrechtsschranken auszumachen. Es müsste jene Grenze staatlicher Intervention bestimmt werden, die ihn (gerade noch) von einem Überlaufen zur Vorwärtsintegration abhält.[17] Ein ganz und gar schwieriges Unterfangen![18]

II. Vertikale Intervention versus Uniformierung im Absatz

Nicht selten vernimmt man den Einwand, vertikales Wettbewerbsbeschränkungsrecht gefährde mit seiner Beschränkung herstellerischer Vertriebsgestaltungsfreiheit die Vielfalt der Absatzwege und Absatzformen. Monotonie, ja Gleichmacherei in der Distribution verhindere nur, wer diese weitum von kartellrechtlichen Schranken freihalte. Staatliche Intervention münde in eine *"Erstarrung der Marktbeziehungen"*[19] aus und privilegiere allemal die grossräumigen Handelsbetriebsformen.[20]

Zwar ist gewiss: "Die freie Bestimmung des Herstellers über den für seine Waren günstigsten Vertriebsweg ist ein wesentlicher Grundsatz unserer Wirtschaftsordnung. Eine Tendenz zur Gleichschaltung der Vertriebsformen würde sich nicht zuletzt auch gegen

17 Dazu SCHMIDT (126): "Die Aufzählung der einzelwirtschaftlichen Vorzüge des derzeitigen Automobilvertriebssystems ... hat zwar deutlich gemacht, dass ... blosse Einschränkungen in der Kontrolle über das Händlernetz den Verzicht auf das "franchise system" wohl kaum herausfordern würde." Wann indessen Kontrollrechtseinbussen einen Systemwechsel provozieren, lässt der Autor offen.

18 Im besonderen würde fraglich, ob für die Bestimmung der "Ausweichgefahr" objektive oder subjektive Massstäbe anzulegen seien. Ein Abstellen auf den Durchschnittsproduzenten sähe an der Vielfalt der Wirtschaftspraxis vorbei; im Einzelfall zu entscheiden hiesse, integrationsfreudige Hersteller zu favorisieren.

19 So BENISCH, Kommentar II, 41 (im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot des GWB); vergl. auch ders., Diskriminierungsverbot 548 sowie LEHMPFUHL, Verträge, 629.

20 GRAUEL begründet seinen Mahnruf mit der "Einsicht, dass eine behördliche Einmischung in die Gestaltung der Absatzbeziehungen zu einzelnen Handelsgruppen oder Vertriebsformen auf eine Uniformierung des Handels im Sinne einer Unterstützung der Gross- und Massenumschlagsbetriebe hinausläuft." (GRAUEL 480).

die Wahlfreiheit des Verbrauchers richten."[21] Die Erfahrung lehrt indessen, dass nicht jeder Produzent Ungebundenheit in vertriebspolitische Innovation umsetzt. Im Gegenteil: Er schöpft sie lieber zur Einrichtung langzeitiger und (meist branchenweit) gleichförmiger Absatzsysteme aus.[22] Erstarrung und Verkrustung wurzeln folgerichtig weit häufiger in straffer herstellerischer Vertriebskontrolle als in deren wettbewerbsrechtlicher Beaufsichtigung. Bekanntermassen fliesst Innovation aus Wettbewerb, nicht aus Wettbewerbsbeschränkung. Dynamik entfalten nicht Hersteller mit grösstmöglicher Wettbewerbsbeschränkungsfreiheit, sondern Händler, die möglichst frei von (herstellerischer) Wettbewerbsbeschränkung sind.[23] Denn immer wieder leitet der Handel Wandel im Absatz ein. Nicht selten prallt er hiebei am Abwehrdispositiv des Produzenten ab.[24] Soweit staatliche Wettbewerbspolitik verbürgt, dass innovative Vertriebsformen am Wettbewerb teilnehmen können, weicht sie auch überholte Strukturen im Absatzgefüge auf.[25]

III. Normtechnische Anknüpfungspunkte im vertikalen Wettbewerbsbeschränkungsrecht

Vertikale Intervention lässt sich mit verschiedenen Instrumenten vollziehen. Gebräuchlichstes ist noch immer der Vertrag. Wie man aber weiss, setzen Hersteller zunehmend andere, vertragsfreie Behelfe der Vertriebswegesteuerung ein. Gerade seit der verbreitet

21 So das BMWi in seiner Stellungnahme zum Tätigkeitsbericht des BKartA für 1973, zit. nach BENISCH, Kommentar II, 41 – Vergl. zum Verbraucheranliegen nach vielgestaltigen Vertriebswegen (insb. zur Realisierung von immateriellen Konsumbedürfnissen) SCHRICKER 538; darüber auch hinten Bd. 2, 289 f.

22 In solchen verkalkten Vertriebswegen bilden sich auch gerne überhöhte Margen.

23 In diesem Geiste schon die Stellungnahme des BKartA vom 25.2.1965, wiedergegeben bei SÖLTER, Universalvertrieb oder Selektivvertrieb, 316.

24 Man erinnere sich beispielsweise des Gerangels, bis bestimmte Markenartikel Eingang ins Warenhaus gefunden haben.

25 Vergl. – zur wirtschaftspolitischen Zielsetzung des französischen Verkaufsverweigerungsverbotes – BELKE, Geschäftsverweigerung, 112.

erwachenden Missbrauchsaufsicht über den Händlerkontrakt flüchten sie gern aus der förmlichen Vereinbarung in weniger greifbare Abnehmerkontrollformen.[26]

Modernes Kartellrecht darf daran nicht vorbeisehen. Es sollte den Kreis der normtechnischen Anknüpfungspunkte derart weit ziehen, dass ihm sämtliche Spielformen vertikaler Intervention unterfallen. Die Kernbestimmung über Vertriebsverträge ist zu umranden mit synchron verkoppelten Ergänzungsregeln wider faktische Wettbewerbsbeschränkungen. Ihr wirklicher Schutzgehalt bestimmt sich entscheidend nach dem Feld miterfasster Umgehungssachverhalte. In der Tat nehmen die Sekundärnormen so "an der Aufwertung der Schutzrichtung der Primärnorm teil."[27]

Einem solchen Normengefüge ist einmal ein Empfehlungsrecht einzureihen, das über die Unverbindlichkeit der Empfehlung und über Umgehungsmissbräuche wacht. Dazu ist Druckeinsatz und Vertikalkonspiration zu unterbinden, wenn sie ein Verhalten erwirken, dass vertraglich nicht abgesprochen werden darf. Auch will die Diskriminierungspraxis in den Vertriebsketten beaufsichtigt sein. Schliesslich gilt es, Entartungen der vollintegrierten Absatzsysteme entgegenzutreten.[28]

Diese Überschau mag zur Frage hinführen, ob es gesetzestechnisch überhaupt sinnvoll sei, am einzelnen Interventionsmittel als Tatbestandsmerkmal anzuknüpfen.[29] Der Mobilität und Phantasie der Wettbewerbsstörer liesse sich jedenfalls wirkungsvoller begegnen mit vom Ergebnis der missliebigen Konkurrenzbeschränkung her konzipierten *Generalklauseln.*[30]

26 Hierüber auch vorn 152 f.

27 BELKE, Kartellgesetznovelle, 245.

28 Ein solches (alle Formen der Vertikalbeschränkungen umschliessendes) Wettbewerbsrecht ist heute weitgehend im deutschen GWB verwirklicht, allerdings ohne innere systematische Geschlossenheit und (zu Recht) mit teilweise unterschiedlichem Normierungsinhalt bezüglich der einzelnen Interventionsarten. Vergl. die §§ 15 bis 21 (Vertikalverträge), § 25 (Abgestimmtes Verhalten, Drohung, Zwang), § 26 (Boykott und Diskriminierung) sowie § 38 Abs. 1 Ziff 11/12 und § 38 a (Empfehlungsrecht).

29 Vergl. auch HENRICHS 104.

30 Vergl. – mit Hinweisen auf die damit verbundenen Gefahren – BELKE, Geschäftsverweigerung, 299 f., insb. 301.